Heft 43 [2657] 63. Jahrgang 27. Oktober 1934

Juristische Wochenschrift

Organ
der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen und der Rechtsabteilung-Reichsleitung der NSDAP.: Amt für Rechtsbetreuung des Deutschen Volkes

Herausgegeben von dem Reichsfachgruppenleiter Rechtsanwalt **Dr. Walter Raeke**, M. d. R., unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsfachgruppenrates:
Rechtsanwälte **Dr. Droege**, Hamburg; **Dr. Mößmer**, München; Prof. **Dr. Erwin Noack**, Halle a. S.; **Dr. Römer**, M. d. R., Hagen; **Dr. Rudat**, Königsberg/Pr.; **Wilh. Scholz**, Berlin, und Patentanwalt **Dr. Ullrich**, Berlin

Verlag: **W. Moeser Buchhandlung**, Inh.: Oscar Brandstetter, **Leipzig C 1**, Dresdner Straße 11/13
Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63673
Geschäftsstelle in Berlin SW 48 Hedemannstr. 14. Fernsprecher Bergmann 217

Die Auflösung und Löschung von Gesellschaften nach dem Gesetz vom 9. Oktober 1934

Von Amtsgerichtsrat Dr. Karl-August Crisolli, Berlin

Das Gesetz v. 9. Okt. 1934 (RGBl. I, 914) ist geeignet, der von vielen Seiten geforderten Bereinigung des Handelsregisters und damit des Wirtschaftslebens in hohem Maße zu dienen.

Das Gesetz beschäftigt sich mit zwei verschiedenen Tatbeständen. Einmal behandelt es im § 1 diejenigen AktG., KommGes. a. A. und GmbH., bei denen eine Konkurseröffnung mangels Masse abgelehnt ist. Ferner beschäftigt sich das Gesetz im § 2 mit den erloschenen AktG., KommGes. a. A. und GmbH. Nach § 3 finden die Vorschriften über das Erlöschen — aber nicht diejenigen über die Konkursablehnungen[1] — mit einer geringen Abwandlung auch auf Genossenschaften entsprechende[2] Anwendung. Auffallend erscheint, daß das Gesetz die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit unberührt läßt, die doch auch im Handelsregister eingetragen sind.

Es ist zunächst hervorzuheben, daß das Gesetz sich nur mit den juristischen Personen des Handelsrechts beschäftigt. Es läßt also das Recht der Einzelkaufleute und der übrigen Handelsgesellschaften unberührt. Wenn auch erwägenswert erscheint, ob die Vorschriften nicht wenigstens zum Teil auch auf die übrigen Kaufleute auszudehnen sind, so kommt in der jetzigen Regelung die von der neuen Rechtsentwicklung geforderte Abkehr von den juristischen Personen mit ihrer Haftungsbeschränkung und Anonymität des Inhabers zum klaren Ausdruck. Das Gesetz bezweckt ganz offenbar, die zusammengebrochenen oder erloschenen juristischen Personen aus dem Handelsregister zu entfernen und trägt daher den Forderungen der neuen Rechtsentwicklung in begrüßenswerter Weise Rechnung.

I. Die Vorschriften über die Konkursablehnungen mangels Masse

§ 1 des Ges. v. 9. Okt. 1934 bestimmt, daß eine AktG., eine KommGes. a. A. und eine GmbH. mit der Rechtskraft des Beschlusses aufgelöst wird, durch den ein Antrag auf Konkurseröffnung abgewiesen wird. Gegen den Abweisungsbeschluß steht außer dem Konkursantragsteller auch dem Gemeinschuldner die sofortige Beschwerde zu. Diese Auflösung ist von Amts wegen ins Handelsregister einzutragen. Die Geschäftsstelle des Konkursgerichts hat dem Handelsregistergericht eine beglaubigte Abschrift des Abweisungsbeschlusses mit einer Rechtskraftbescheinigung zu übersenden.

Durch diese Vorschrift wird einem Grundübel des Registerrechts Abhilfe geschaffen. Nach dem bisherigen Recht erfuhr das Registergericht nur von eröffneten und beendeten Konkursen und Vergleichsverfahren (§ 32 HGB.), dagegen blieben ihm die zahlreichen Abweisungen mangels Masse unbekannt. Die geradezu groteske Folge war, „daß das Registergericht gegen diese meist übleren Kaufleute nicht mit der Löschung einschritt. Nur gegen den, der ehrlich vor völligem Verfall seines Geschäftes den Konkurs anmeldete, wurde nach Konkursbeendigung mit der Löschung eingeschritten. Dagegen derjenige, der sein ganzes Vermögen den Gläubigern entzog, so daß sich ein Konkurs nicht mehr lohnte, blieb unbehelligt im Handelsregister stehen und benutzte diese Gesetzeslücke zum Schaden der Wirtschaft" (vgl. Crisolli, Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung, Vereinigung und Reinhaltung des Handelsregisters S. 15).

Durch § 1 werden die genannten Personen nur aufgelöst, dagegen sind sie nach dieser Vorschrift nicht erloschen. Dies erscheint selbstverständlich, da diejenigen Gesellschaften, bei denen ein Konkurs mangels Masse abgelehnt ist, noch immer Vermögen, z. B. schlecht verwertbare, überbelastete Grundstücke, besitzen können, die vor einer Löschung verwertet werden müssen. Das Registergericht wird aber in der Regel guttun, durch Herbeiziehung der Konkursakten festzustellen, ob noch ein solches verwertbares Vermögen vorhanden ist. Vor allem wird aber das Registergericht diese Gesellschaften in ständiger Überwachung halten, damit die Liquidation des vorhandenen Vermögens wirklich vorgenommen und sobald als möglich die Löschung eingetragen wird.

Die durch § 1 geschaffene Auflösung der Gesellschaft kann sich nur auf die nach Inkrafttreten des Gesetzes vorgenommenen Abweisungen mangels Masse beziehen. Dies ergibt sich daraus, daß jetzt der Gemeinschuldner die sofortige Beschwerde gegen die Abweisung erhalten hat; bisher stand sie nur dem Konkursantragsteller zu (§ 109 KO.). Es erscheint nicht angängig, frühere Abweisungen, bei denen der Gemeinschuldner keine Beschwerdemittel hatte, als Auflösungsgrundlage anzuerkennen, weil sonst die vor dem Gesetz betroffenen Gemein-

[1] Bei Genossenschaften ist eine Konkursablehnung mangels Masse unbekannt (§ 100 II GenG.).

[2] Eine unmittelbare Anwendung ist nicht gegeben, weil bei den Genossenschaften der Begriff der „Vermögenslosigkeit" einen anderen Sinn als bei den Kapitalgesellschaften hat (vgl. darüber v. Nostiz: Dt. Justiz 34, 1315).

schuldner zu stark benachteiligt werden, da man ihnen nicht jetzt noch nachträglich ein Beschwerderecht einräumen kann.

Es ist wohl anzunehmen, daß die von Amts wegen erfolgende Eintragung der Auflösung wegen Konkursabweisung den Rechtspflegern durch eine Durchführungsverordnung überlassen wird, da diesen jetzt auch die Eintragung der Konkurseröffnung übertragen ist. Geschieht dies, so muß der Rechtspfleger unter die Eintragungsverfügung eine Dreimonatsfrist verfügen, nach deren Ablauf die Akten dem Richter zwecks Nachprüfung der Löschungsfähigkeit der Gesellschaft vorzulegen sind.

Die vorzunehmende Eintragung, die in Sp. 8 des preußischen Handelsregisters zu erfolgen hat, muß lauten: „Die Gesellschaft ist infolge rechtskräftiger Abweisung des Konkurses mangels Masse gemäß Beschluß vom ... aufgelöst." Bei den Konkurseröffnungen lautete die Eintragung bisher nur „über das Vermögen der Gesellschaft ist gemäß Beschluß vom ... der Konkurs eröffnet". Eine dieser Eintragung entsprechende Eintragung „Gemäß Beschluß vom ... ist die Eröffnung des Konkurses mangels Masse abgelehnt" erscheint im Interesse der Klarheit des Handelsregisters nicht ausreichend.

Im Gegensatz zu der Konkurseröffnung und der dadurch erfolgenden Auflösung ist die neugeschaffene Eintragung der Konkursablehnung und der dadurch erfolgenden Auflösung bekanntzumachen. Die Konkurseintragung ist nach § 32 HGB. nicht bekanntzumachen. Die Bekanntmachung ist durch das Konkursgericht erfolgt. Auf die Eintragung der Konkurseröffnung finden die Vorschriften des § 15 HGB. keine Anwendung (§ 32 HGB.). Die durch Konkurseröffnung erfolgende Auflösung tritt nach den Vorschriften der KO. mit der Konkurseröffnung gegenüber jedermann ein. Anders liegen die Verhältnisse bei der neugeschaffenen Auflösung wegen Konkursablehnung mangels Masse. Da es sich bei ihr nach § 1 des Ges. v. 9. Okt. 1934 um eine einzutragende Tatsache handelt, muß sie auch bekanntgemacht werden, weil das Gesetz die Nichtbekanntmachung nicht vorgeschrieben hat. Da das Gesetz weiter nicht die Nichtanwendung des § 15 HGB. vorschreibt, braucht sich ein Gutgläubiger die Auflösung nur entgegenhalten zu lassen, wenn sie eingetragen und bekanntgemacht ist.

Die Eintragung der Auflösung infolge Konkursablehnung hat in das Register der Hauptniederlassung und danach in das Register der Zweigniederlassung zu erfolgen. Deshalb hat das Registergericht der Hauptniederlassung eine entsprechende Eintragungsnachricht an das Registergericht der Zweigniederlassung zu senden. Auch hat das Registergericht die Gesellschaft, die Industrie- und Handelskammer sowie das FinA. von der Eintragung zu benachrichtigen, da diese Stellen sämtlich an der Eintragung interessiert sind.

Bei der Eintragung der Auflösung infolge Konkursablehnung sind die eingetragenen Prokuristen zu löschen. Bei einer in der Auflösung befindlichen Gesellschaft kann eine Bestellung von Prokuristen nicht erfolgen (§ 298 HGB.). Die Vertretungsmacht der bestellten Prokuristen ist erloschen (RG. 72, 123; Staub, Anm. 11 zu § 298; Staub-Hachenburg, Anm. 14 zu § 68). Auch diese Eintragung des Erlöschens der Prokuren ist wegen der Wirkung des § 15 HGB. bekanntzumachen.

Bei der im Interesse der Vereinigung des Handelsregisters und damit vor allem des Wirtschaftslebens außerordentlich begrüßenswerten gesetzlichen Neuerung dürfte zu erwägen sein, ob diese gesetzliche Maßnahme nicht auch auf die Offenbarungseide — resp. die Versicherung nach § 19d des Ges. v. 26. Mai 1933 — und die übrigen eingetragenen Kaufleute auszudehnen ist.

Hierbei dürfte einmal darauf hinzuweisen sein, daß, wenn die Wirtschaft natürlich auch an der Befreiung von zusammengebrochenen juristischen Personen des Handelsrechts in allererster Linie interessiert ist, auch eine Befreiung von zusammengebrochenen sonstigen Kaufleuten für die Wirtschaft von Vorteil sein dürfte. Nach dem augenblicklichen Rechtszustande sind OHG. und KommGes. nach §§ 132 Ziff. 3, 161 HGB. durch Konkurseröffnung aufgelöst. Die Konkursablehnung mangels Masse aber läßt sie unberührt. Dies erscheint aus den bei der Betrachtung des früheren Zustandes bei den juristischen Personen angegebenen Gründen wenig befriedigend. Bei einer Ausdehnung der neuen Vorschrift auf Einzelkaufleute kann es sich natürlich nur darum handeln, daß das Registergericht von der Konkursablehnung mangels Masse zwecks Einleitung des Löschungsverfahrens Nachricht erhält, da bei ihnen eine Auflösung begrifflich ausgeschlossen ist. Eine Benachrichtigung des Registergerichts zwecks Einleitung des Löschungsverfahrens erscheint aber auch hier begrüßenswert, damit diese zusammengebrochenen Kaufleute die Tatsache, daß sie noch eingetragen sind, nicht zu Kreditschwindeleien benutzen können.

Ferner dürfte darauf hinzuweisen sein, daß zahlreiche Gläubiger statt den Konkursantrag zu stellen, von den zusammengebrochenen Kaufleuten nur den Offenbarungseid erfordern. Dies tun die Gläubiger, weil die Konkursantragstellung oft höhere Kosten erfordert (§§ 41, 43 GKG.). Bei dem augenblicklichen Rechtszustand erfährt das Registergericht von dem dann vorliegenden Zusammenbruch nichts, und die Gesellschaften bleiben ruhig als werbende im HGB., sogar evtl. noch mit dem Privileg der Haftungsbeschränkung der juristischen Personen, zum Schaden der Wirtschaft und der redlichen Kaufleute bestehen. Dieser Zustand dürfte wenig befriedigend sein.

II. Die Vorschriften über die Löschung von juristischen Personen

Die Vorschriften in § 2 Ges. v. 9. Okt. 1934 zerfallen in materielle und formelle Vorschriften. Auch bei diesen Vorschriften erscheint eine Ausdehnung der Vorschriften auf die übrigen im Handelsregister eingetragenen Kaufleute erwägenswert, weil auch bei ihnen die von der neuen Rechtsentwicklung geforderte Sicherheit und Lauterkeit des Verkehrs eine Löschung im Handelsregister erfordert, wenn sie vermögenslos sind.

1. Die materiellen Vorschriften. Nach § 2 können AktG., KommGes. a. A. und GmbH. auf Antrag der Berufsvertretung des Handelsstandes, der Steuerbehörde oder von Amts wegen gelöscht werden, wenn sie vermögenslos sind. Mit der Löschung gelten die Gesellschaften als aufgelöst, eine Liquidation findet aber nicht statt. Stellt sich nach der Löschung Vermögen heraus, das der Verteilung unterliegt, so findet aber die Liquidation statt.

Diese Vorschriften enthalten gegenüber dem bisherigen Rechtszustande zwei sehr erhebliche Neuerungen.

Nach dem bisherigen Rechtszustande, der sich allein auf die sehr überzeugende und ständige Rechtsprechung des KG. (vgl. darüber die eingehende Darstellung von Groschuff: JW. 1934, 940 ff.) stützte, war eine Löschung einer juristischen Person außer nach beendeter Liquidation nur möglich, wenn die Gesellschaft vermögenslos war und ihren Betrieb nicht nur vorübergehend eingestellt hatte. Beide Voraussetzungen mußten vorliegen.

Nach § 2 Ges. v. 9. Okt. 1934 ist nunmehr nur noch Vermögenslosigkeit erforderlich. Es ist also gleichgültig, ob der Betrieb eingestellt war oder ist. Diese Neuerung ist außerordentlich begrüßenswert. Sie entspricht durchaus den Grundgedanken des neuen Rechts. Nach diesen soll sich höchstens nur der auf die Haftungsbeschränkung berufen können, der ein für die Befriedigung seiner Gläubiger ausreichendes Vermögen bereitgestellt hat. Wer eine vermögenslose Gesellschaft hat, hat sich nicht auf die Haftungsbeschränkung zu berufen und daher nichts mehr im Handelsregister B zu suchen.

Diese neue Regelung erscheint um so begrüßenswerter, weil sie auch erhebliche Klarheit schafft. Die Feststellung, ob eine Gesellschaft Vermögen hat oder nicht, hat sich in der Praxis meist nicht als schwierig erwiesen, weil der der Löschung Widerstrebende das Vermögen nachweisen mußte. Viel schwieriger war die Feststellung, ob die Gesellschaft ihren Betrieb nicht nur vorübergehend eingestellt hat oder nur — wie stets behauptet wurde — „vorübergehend ruhte" und den Betrieb in der „nächsten Zeit" wieder aufzunehmen beabsichtigte. Hat doch das LG. Berlin noch ganz kürzlich im Beschluß 408 T 12733/34 (vgl. hinten auf S. 2719 im gleichen Heft) in allerdings unverständlicher Weise ein vorübergehendes Ruhen angenommen, als eine Gesellschaft etwa fünf

Jahre infolge völliger Vermögenslosigkeit ihren Betrieb eingestellt hatte.

Wenn nach dem bisherigen Recht eine Gesellschaft zu Unrecht gelöscht war, z. B. weil sie noch Vermögen besaß oder ihren Betrieb nicht nur vorübergehend eingestellt hatte, so war wegen „Fehlens einer wesentlichen Voraussetzung" die Löschung der Löschung der Gesellschaft nach § 142 RFGG. durchzuführen (vgl. im übrigen dazu Crisolli: JW. 1934, 963). Die Folge davon war, daß dann die gelöschte Gesellschaft infolge der Löschung der Löschung wieder als werbende Gesellschaft einzutragen war, wenn nicht vor der Löschung bereits ihre Liquidation eingetragen war. Dieser Rechtszustand war höchst unbefriedigend, da damit Gesellschaften mit ganz geringem Vermögen wieder als werbende eingetragen wurden und dadurch dem Betruge Tür und Tor geöffnet wurde.

Diesem Zustande ist durch die neuen Vorschriften nun ein Ende bereitet. Ist eine Gesellschaft in Zukunft zu Unrecht gelöscht, weil sie nicht vermögenslos war, so wird zwar die Löschung der Löschung auch nach § 142 RFGG. vorgenommen, aber die Gesellschaft wird nur noch als in Liquidation befindlich eingetragen. Hier erscheint auch eine Wiederbelebung der Gesellschaft, die sonst nach erfolgter Eintragung der beschlossenen Liquidation (vgl. RG. 118, 337 ff. = JW. 1928, 633), ja sogar bei einer Liquidation infolge eines Nichtigkeitsverfahrens nach § 144, I RFGG. (vgl. JW. 1934, 1124) für möglich gehalten wird, nicht zulässig. Dies würde dem Zweck der Vorschrift und dem Sinn des ganzen Gesetzes zuwiderlaufen. Das Gesetz will die zusammengebrochenen Gesellschaften endgültig vernichten, deshalb ist es überhaupt gegenüber dem bisherigen Rechtszustande erlassen. Es würde diesem Sinn widersprechen, wollte man die vom Gesetz als „in Auflösung befindlichen" Gesellschaften sich wiederbeleben lassen. Wenn das Gesetz eine Wiederbelebung zulassen wollte, so hätte es nicht die Gesellschaften ausdrücklich als in Liquidation befindlich erklärt.

Weil die Eintragung des Erlöschens nach dem neuen Gesetz diese sehr weittragende Folge hat, wird der Registerrichter in Zukunft bei der Löschung nach diesem Gesetz größte Vorsicht anwenden müssen. Bisher konnte der Registerrichter mit größerer Leichtigkeit die Löschung eintragen, weil er sich sagen konnte, wenn die Gesellschaft zu Unrecht gelöscht ist, wird der Löschungsvermerk gelöscht und jeder Nachteil ist behoben. Dies ist bei einer Löschung nach dem neuen Gesetz nicht mehr möglich, weil hier die Löschung die Folge der unwiderruflichen Liquidation auslöst. Um für die Löschung die größtmögliche Garantie des Vorliegens ihrer Voraussetzung zu schaffen, ist in § 2 vorgeschrieben, daß die Berufsvertretung des Handelsstandes immer vorher zu hören ist.

Im Gegensatz zu den Vorschriften über die Konkursablehnung haben die Vorschriften über die Löschung auch auf die Gesellschaften Anwendung zu finden, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes erloschen sind. Denn hier werden die bisher vermögenslosen Gesellschaften nur in geringem Umfange schlechter als später vermögenslos gewordene gestellt. Eine entgegengesetzte Ansicht würde vor allem auch dem Sinn und Zweck des Gesetzes, die Wirtschaft von den vermögenslosen Gesellschaften zu befreien, widersprechen.

Ob eine Gesellschaft vermögenslos ist oder nicht, ist unter verständiger Würdigung des Einzelfalls zu entscheiden. Die zu dieser Entscheidung notwendige Prüfung hat das Gericht nach seinem Ermessen vorzunehmen. In der Regel wird es aber das Gutachten der Industrie- und Handelskammer seiner Entscheidung zugrunde legen können.

Als Vermögen ist nur das anzusehen, was ein vernünftiger Kaufmann noch als Aktivum ansieht; z. B. nicht gänzlich uneinbringliche, jahrealte Forderungen oder nicht mehr auswertbare und daher wertlose Patente (vgl. ähnlich v. Nostiz: Dt. Justiz 34, 1315). Wohl aber sind in der Regel Grundstücke, mögen sie noch so belastet sein, und Grundstücksrechte, mögen sie noch so geringen wirtschaftlichen Wert haben, stets als Vermögen anzusehen, weil eine Löschung der Gesellschaft eine später notwendig werdende Grundbuchumschreibung unmöglich macht.

Wenn eine Gesellschaft vermögenslos war, später aber wieder Vermögen erhalten hat, so hindert dies die Anwendung des Gesetzes nicht. Zwar spricht das Gesetz nur davon, daß die Gesellschaft kein Vermögen „besitzt", und nicht davon, daß die Gesellschaft „kein Vermögen besitzt oder besaß", aber eine andere Ansicht würde dem Sinn des Gesetzes und seinem Aufbau widersprechen. Der Sinn des Gesetzes erfordert, daß einmal vermögenslos gewordene Gesellschaften aus dem Handelsregister und der Wirtschaft verschwinden. Der Aufbau des Gesetzes ist der, daß vermögenslose Gesellschaften gelöscht werden können, eben weil sie „erloschen" sind. Ist die Gesellschaft aber erloschen, d. h. besteht sie nur der äußeren Form nach noch als Mantel, so kann sie auch nach dem bisherigen Recht nicht wiederaufleben. Eine andere Ansicht würde eine Umgehung der zwingenden Vorschriften über die Gründung gutheißen, was mit der neuen Rechtsentwicklung nicht vereinbar erscheint, weil nur durch die Einhaltung der Gründungsvorschriften die Haftungsbeschränkung der juristischen Personen des Handelsrechts erträglich erscheint. Die Umgehung der Gründungsvorschriften durch die Verwendung eines Mantels einer erloschenen Gesellschaft begründet das KG. (RingRspr. 10, 157) in zutreffender Weise damit, daß es ausführt, es sei zwingend vom Gesetz vorgeschrieben, daß bei der Gründung einer AktG. oder GmbH. ein in seiner Mindesthöhe vorgeschriebenes Kapital zum Betriebe des Unternehmens bereitgestellt werden müsse, das zum vierten Teil vor der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister eingezahlt sein müsse. Bei der GmbH. käme hinzu, daß jeder Gesellschafter für den nicht bezahlten Betrag der Stammeinlage nach § 24 GmbHG. hilfsweise persönlich haftbar sei. Durch diese zwingenden Gesetzesvorschriften solle nach Möglichkeit eine Gewähr dafür geschaffen werden, daß das Kapital, auf dessen Inanspruchnahme die Gläubiger durch den Ausschluß der unmittelbaren Haftung der Beteiligten beschränkt würden, für das Unternehmen auch wirklich zur Verfügung stehe. Nur damit rechtfertige sich vom Standpunkt des Gesetzgebers aus die Zulassung der Haftungsbeschränkung.

Da durch die Verwertung einer erloschenen Gesellschaft einmal die Gründungsvorschriften ihren Zweck verfehlen würden, ist eine derartige Verwertung als gegen das Gesetz verstoßend nichtig. Da außerdem dadurch auch dem Zweck des Ges. v. 9. Okt. 1934 zuwidergehandelt würde, ist anzunehmen, daß das Gesetz auch die früher vermögenslosen Gesellschaften treffen will.

Eine Grenze findet das Gesetz aber dadurch, daß es eine „Kann"vorschrift ist. Nach § 2 Ges. v. 9. Okt. 1934 „kann" nämlich eine Gesellschaft gelöscht werden, die vermögenslos ist. Durch die Vorschrift ist die Löschung zwar nicht in das Belieben des Registergerichts gestellt, sondern der Richter hat sein pflichtmäßiges Ermessen walten zu lassen. Er hat aber bei der danach vorzunehmenden Erwägung auch wirtschaftliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Er kann daher von einer Löschung absehen, wenn diese mit unverhältnismäßigen Nachteilen verbunden sind (vgl. KG.: KGJ. 44, 152 und JW. 1934, 988). Allerdings erfordert die neue Rechtsentwicklung unter ihrer Betonung des Allgemeininteresses und ihrer Forderung der Beseitigung der anonymen Gesellschaft einen strengen Maßstab (vgl. Crisolli: JW. 1934, 937). Der Richter wird daher nur dann eine Löschung einer vermögenslos gewesenen Gesellschaft, in die wieder Vermögen eingeschossen ist, ablehnen, wenn das neue Vermögen wesentlich ist und die mit der Löschung der Gesellschaft verbundenen Nachteile sehr erheblich sind.

Durch die Vorschrift des § 2 sind die bisherigen Löschungsverfahren als unzulässig anzusehen. Zwar steht dies nicht ausdrücklich im Gesetz. Aber dies ergibt sich aus seinem gesamten Inhalt. Es erscheint nicht zulässig, daß der Registerrichter den gesetzlichen Vertreter noch zur Anmeldung des Erlöschens durch das Ordnungsstrafverfahren zwingen können soll, wenn er den einfacheren Weg des § 2 beschreiten kann. Diese Frage wird aber in der Praxis keine Rolle spielen, da die neuen materiellen und formellen Voraussetzungen so viel einfacher als die bisherigen Voraussetzungen sind, daß der Richter sich wohl hüten wird, das schwierigere frühere Verfahren statt des einfacheren neuen Verfahrens einzuschlagen.

2. An formellen Vorschriften schreibt § 2 vor, daß das Registergericht den im Inland mit bekannter Anschrift wohnenden gesetzlichen Vertretern seine Löschungsabsicht unter angemessener Fristsetzung nach den Vorschriften der ZPO. zuzustellen hat. Das Gericht hat vor der Löschung die Berufsvertretung des Handelsstandes zu hören. Wenn die gesetzlichen Vertreter nicht bekannt sind oder nicht im Inland wohnen oder nicht vorhanden sind, kann das Gericht die Bekanntmachung unter Fristbestimmung durch Einrückung in die Blätter, die für seine Bekanntmachungen bestimmt sind, oder in weitere Blätter anordnen. Ist die Bekanntmachung durch Veröffentlichung in den Zeitungen erfolgt, so ist jeder zum Widerspruch berechtigt, der an der Unterlassung der Löschung ein berechtigtes Interesse hat. Die nach erfolgter Löschung (wegen sich nachträglich herausstellenden Vermögens) vorzunehmende Liquidation haben vom Gericht auf Antrag eines Beteiligten zu bestellende Liquidatoren vorzunehmen.

Das vorstehend angegebene Verfahren enthält gegenüber dem bisherigen Verfahren in der Hauptsache acht Unterschiede.

a) Bisher war das Erlöschen einer Gesellschaft in erster Linie nur auf Anmeldung des gesetzlichen Vertreters vorzunehmen. Dieser war dazu, da es sich um eine deklaratorisch wirkende Eintragung handelte, im Ordnungsstrafverfahren nach §§ 132 ff. RFGG. zu zwingen. Nur wenn kein gesetzlicher Vertreter vorhanden war, oder ein vorhandener unbekannten Aufenthalts war oder sich im Ausland aufhielt oder frustra excussus war, war nach § 141 RFGG. eine Löschung auf Grund einer Mitteilung der Löschungsabsicht des Registergerichts möglich.

Jetzt ist jede Löschung auf Grund der Mitteilung der Löschungsabsicht des Registergerichts möglich. Die Rechtsänderung ist als eine außerordentlich große Erleichterung zu begrüßen.

b) Bisher war die Mitteilung der Löschungsabsicht — soweit eine solche nach a überhaupt als Löschungsgrundlage zulässig war — jedem gesetzlichen Vertreter zuzustellen, dessen Anschrift bekannt war. Das Registergericht Berlin hat sich bei den im Ausland befindlichen gesetzlichen Vertretern größtenteils mit Einschreibebriefen mit Rückscheinen geholfen.

Jetzt ist eine Zustellung nur noch an die im Inland mit bekanntem Aufenthaltsort wohnenden gesetzlichen Vertreter notwendig. Auch diese Rechtsänderung ist als große Erleichterung zu begrüßen.

c) Bisher mußte die Löschungsabsicht des Registergerichts in den Blättern, die für seine Bekanntmachungen bestimmt waren, oder in weiteren Blättern stets erfolgen, wenn keine gesetzlichen Vertreter vorhanden waren oder die vorhandenen unbekannten Aufenthaltes waren.

Jetzt kann das Gericht diese Bekanntmachungen stets anordnen. Durch diese „Kann"-Vorschrift ist die Bekanntmachung aber nicht in das Belieben des Gerichts, sondern in sein pflichtmäßiges Ermessen gestellt. Danach wird das Gericht die Bekanntmachung in den Zeitungen in der Regel dann vornehmen, wenn keine gesetzlichen Vertreter vorhanden sind oder die vorhandenen unbekannten Aufenthaltes sind oder sich im Ausland befinden. Falls die gesetzlichen Vertreter mit bekanntem Aufenthaltsort im Inland wohnen, wird das Registergericht eine Bekanntmachung nur dann vornehmen, wenn es der Ansicht ist, daß es möglich ist, daß die gesetzlichen Vertreter die Interessen der Gesellschaft und deren Gläubiger nicht mit den Pflichten eines ordnungsmäßigen Kaufmannes wahrnehmen.

d) Bisher waren stets nur die gesetzlichen Vertreter zur Widerspruchserhebung berechtigt (vgl. Schlegelberger, Komm. zum RFGG., Anm. 9 zu § 144); nur wenn jemandem die Löschungsabsicht mit der Anheimgabe der Widerspruchserhebung zugestellt war, war auch dieser als widerspruchsberechtigt anzusehen (vgl. KG.: JW. 1934, 988).

Jetzt ist jeder, der ein berechtigtes Interesse hat, zur Widerspruchserhebung legitimiert, wenn die Löschungsabsicht durch Bekanntmachung in den Zeitungen geschehen ist. Aber nur dann ist eine solche Legitimation gegeben, sonst sind nur die gesetzlichen Vertreter als widerspruchsberechtigt anzusehen.

Als im „Besitze eines berechtigten Interesses" ist jeder anzusehen, der ein Vermögen der Gesellschaft glaubhaft macht, das in seinem Interesse oder im Interesse ihm Nahestehender zu verwerten ist. In der Regel ist daher jetzt auch ein Widerspruchsrecht der Gläubiger anzunehmen, wenn die Bekanntmachung durch die Zeitungen geschehen ist. Daneben muß in diesem Falle aber bei der neuen Auffassung des Staates und seiner Organe auch dem Staate und seinen Organen sowie der Partei ein Widerspruchsrecht zugebilligt werden.

Der Widerspruch kann nur darauf gestützt werden, daß die Voraussetzung des Erlöschens, die Vermögenslosigkeit der Gesellschaft, nicht vorliegt; d. h. es muß ein Vermögen der Gesellschaft glaubhaft gemacht werden.

e) Bisher betrug die Widerspruchsfrist stets drei Monate.

Jetzt hat das Gericht eine angemessene Frist zu setzen. Es wird daher in der Regel bei einer Bekanntgabe der Löschung durch Zustellung an die gesetzlichen Vertreter eine Frist von etwa zwei Wochen, bei einer Bekanntmachung durch die Zeitungen eine solche von etwa einem Monat setzen, da diese Fristen im Durchschnitt ausreichend erscheinen.

Diese Fristverkürzung ist besonders zu begrüßen, da die bisherige Dreimonatsfrist wirklich kaum noch zu verstehen war (vgl. Crisolli, Entwurf eines Gesetzes usw., S. 19, 29).

f) Bisher waren die Berufsvertretungen des Handelsstandes niemals zwangsläufig vor der Löschung zu hören.

Jetzt sind diese Organe, im Durchschnitt also die Industrie- und Handelskammern, vor jeder Löschung zu hören[3]).

g) Bisher bestand ein besonderes Antragsrecht auf die Eintragung der Löschung überhaupt nicht. Die Organe des Handelsstandes waren aber nach § 126 RFGG. auch zur Stellung eines Löschungsantrages als berechtigt anzusehen.

Jetzt sind neben den Berufsvertretungen[1]) des Handelsstandes auch die Steuerbehörden zur Stellung eines solchen Antrages berechtigt. Diesen steht auch nach § 20, II RFGG. das Recht zur Beschwerdeeinlegung zu, falls die Löschung abgelehnt wird. Den Berufsvertretungen des Handelsstandes ist ein derartiges Beschwerderecht bereits nach § 126 RFGG. gegeben.

h) Wenn nach bisherigem Recht die Löschung der Löschung erfolgte, weil eine Voraussetzung des Löschungsverfahrens fehlte, und die Gesellschaft nach den obigen Ausführungen zu II 1 dadurch wieder eingetragen wurde, so wurden die letzten gesetzlichen Vertreter vor der Löschung wieder als vertretungsberechtigt angesehen, falls sie nicht zwischenzeitlich gestorben oder abberufen waren oder ihr Amt niedergelegt hatten. Andere gesetzliche Vertreter wurden nur dann vom Gericht bestellt, wenn solche fehlten.

Jetzt sind in jedem Falle die zu der jetzt stets erfolgenden Liquidation notwendigen Liquidatoren auf Antrag eines Beteiligten vom Gericht zu bestellen. (Über den Begriff des Beteiligten und das Verfahren bei der Bestellung vgl. Groschuff: JurRdsch. 1933, 221, 233.)

In der Bekanntmachung der Löschung — sei es nun durch Zustellung an die inländischen gesetzlichen Vertreter oder durch die Zeitungen — muß auf die beabsichtigte Löschung der Gesellschaft klar hingewiesen werden. Eine allgemein gehaltene Löschungsandrohung genügt nicht (vgl. KG.: DNotZ. 1927, 120; Schlegelberger, Anm. 9 zu § 144). Die Bekanntmachung muß auch den Hinweis auf die Möglichkeit der Widerspruchserhebung und die dafür gesetzte Frist enthalten.

Es erscheint daher tunlich, die Bekanntmachung ungefähr folgendermaßen zu fassen:

„Das AG. ... als Registergericht beabsichtigt, die in seinem Handelsregister unter Nr. ... eingetragene Gesellschaft ... auf Grund des § 2 Ges. v. 9. Okt. 1934 (RGBl. I, 914) — auf Antrag vom ... der Industrie- und Handelskammer zu ... — auf Antrag vom ... des FinA. zu ... — zu löschen, weil die Gesellschaft kein Vermögen besitzt.

Es wird — Ihnen (falls die Bekanntmachung durch Zustellung erfolgt) — denen, die ein berechtigtes Interesse an der

[3]) An die Stelle der Berufsvertretungen des Handelsstandes tritt bei Genossenschaften, die einem Revisionsverbande angeschlossen sind, nach § 3 Ges. v. 9. Okt. 1934 dieser Revisionsverband. Das ist die in der Einleitung erwähnte kleine Abwandlung der Vorschriften für die Genossenschaften.

Unterlassung der Löschung haben (für die Bekanntmachung durch die Zeitungen) — zur etwaigen Geltendmachung eines Widerspruchs eine Frist von — 2 Wochen seit Zustellung dieser Verfügung — 1 Monat seit dem Erscheinungstage dieses Blattes — gesetzt."

Wird Widerspruch erhoben, so entscheidet über ihn nach den in § 2 Abs. 3 für anwendbar erklärten Vorschriften des § 141 III, IV RFGG. das Registergericht. Der den Widerspruch zurückweisende Beschluß ist zuzustellen. Ist der Empfänger zwischenzeitlich ins Ausland verzogen, so genügt eine Zuschrift per Einschreiben mit Rückschein, weil er auf dem Rückschein den Empfang bescheinigt. Falls er den Empfang verweigert — was erfahrungsgemäß selten vorkommt —, so muß eine Zustellung auf diplomatischem Wege erfolgen. Ist der Empfänger unbekannt verzogen, so muß die öffentliche Zustellung nach der ZPO. erfolgen.

Gegen die den Widerspruch zurückweisende Verfügung findet die sofortige Beschwerde statt.

Eine Löschung darf nur erfolgen, wenn ein Widerspruch nicht erhoben oder wenn die den Widerspruch zurückweisende Verfügung rechtskräftig geworden ist.

Bei der Eintragung der Löschung ist zu vermerken, daß sie auf Grund des Ges. v. 9. Okt. 1934 erfolgt ist. Dies ist erforderlich, damit aus dem Handelsregister sofort ersichtlich ist, ob — wie bei den bisherigen Löschungen — eine Wiedereintragung der Gesellschaft als lebende oder — wie bei der neuen Rechtslage — eine Wiedereintragung der Gesellschaft als in Liquidation befindlich zu erfolgen hat. Daraus ergibt sich dann auch, ob gegebenenfalls die letzten gesetzlichen Vertreter wieder einzutragen sind oder ob nach dem neuen Gesetz Liquidatoren vom Gericht zu bestellen sind.

Die — in Preußen in Sp. 8 erfolgende — Eintragung der Löschung lautet daher zweckmäßig „die Gesellschaft ist auf Grund des Ges. v. 9. Okt. 1934 gelöscht". Diese Eintragung ist zu veröffentlichen. Von ihr ist der Industrie- und Handelskammer, der Post, dem FinA. und evtl. der Gesellschaft bzw. deren gesetzlichen Vertretern Nachricht zu geben.

Zweifelsfragen zum Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften vom 5. Juli 1934

Von Amtsgerichtsrat Groschuff, Berlin

Zahlreiche Rücksprachen an Gerichtsstelle lassen erkennen, daß Zweifel in Kreisen des Publikums und seiner Rechtsberater der Anwendung des Umwandlungsgesetzes hindernd im Wege stehen. Es soll daher versucht werden, einige der zur Zeit brennendsten Fragen aus seinem Anwendungsgebiet einer Klärung entgegenzuführen:

1. Können Kapitalgesellschaften, deren Aktien oder Geschäftsanteile sich sämtlich in der Hand einer einzigen „juristischen Person" befinden, in der Weise umgewandelt werden, daß das Vermögen auf diesen alleinigen Gesellschafter übertragen wird?

Das primitive Schulbeispiel bildet eine Grundstücksverwaltungs-GmbH., deren sämtliche Geschäftsanteile sich in der Hand einer andern GmbH. oder einer AktG. oder des Deutschen Reiches (Landes Preußen, der Stadt Berlin usw.) als alleinigem Gesellschafter befinden.

Die Frage ist u. a. vom Verf. dieser Zeilen verneint[1]), von Böttcher-Meilicke[2]) und Quassowski[3]) bejaht worden.

Quassowski stellt zwar eine Meinung auf, gibt aber keine Gründe.

Böttcher-Meilicke geben zwar Gründe; diese halten aber nicht Stich.

Es ist zuzugeben, daß aus dem Wortlaut der §§ 1 Abs. 1 und 8 Abs. 1 UmwandlG. zwingend nichts zu entnehmen ist: „alleinigen Gesellschafter" und „in einer Hand" können sprachlich sowohl eine natürliche Person bedeuten, als auch eine juristische Person miteinschließen. „Eine Hand" und ein „alleiniger Gesellschafter" ist aber auch die Gesamthand, d. h. eine Personalgesellschaft (OHG., KommGes.), wenn diese auch nicht eigene Rechtspersönlichkeit hat: jeder Gesellschafter der Personalgesellschaft ist in Ansehung der ganzen Geschäftsteile oder Aktien, die der Personalgesellschaft als Vermögen zustehen, zwar berechtigt und verpflichtet, übt aber diese Rechte und Pflichten auch im Falle der Einzelvertretungsbefugnis nur namens der Gesamtheit der Gesellschafter aus[4]). Dieser Fall — die Umwandlung in eine Personalgesellschaft als alleinigen Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft — ist aber bereits besonders geregelt in den §§ 2 ff., 12, 13, 14 UmwandlG. Mithin sollte schon durch argumentum a contrario folgen, daß die Begriffe „eine Hand" und „alleiniger Gesellschafter" nur die „natürliche" Person im Auge haben, weil sonst die willkürliche Gleichsetzung der natürlichen Person mit einer juristischen Person in §§ 1, 8 UmwandlG. vom Gesetzgeber in irgendeiner Form besonders zum Ausdruck gebracht worden wäre.

Wen dies noch nicht überzeugt, der mag auf die Präambel des UmwandlG. zurückgehen: „Um in geeigneten Fällen[5]) die Abkehr von anonymen Kapitalformen zur Eigenverantwortung des Unternehmers zu erleichtern..." Darin liegt für jeden, der sehen will, deutlich ausgesprochen: die Umwandlung muß den Erfolg haben, daß die Anonymität aufhört und der Unternehmer persönlich eigene Verantwortung übernimmt. Böttcher-Meilicke glauben nun[6]):

> „Die Rückkehr zur Eigenverantwortlichkeit wird in gewissem Sinne gefördert. Die juristische Person, die bisher als Gesellschafterin der persönlichen Haftung entzogen war, haftet nach erfolgter Umwandlung persönlich für die Schulden der übernommenen Gesellschaft."

Darin ist der zweite Satz unerheblich, der erste unrichtig. Denn die übernehmende Kapitalgesellschaft würde wiederum nur als anonyme Kapitalform beschränkt haften in Höhe ihres Stammkapitals. Das ist das gerade Gegenteil von „Eigenverantwortung des Unternehmers". Dies fühlen auch Böttcher-Meilicke[7]). Dabei ist noch nicht einmal sicher, ob der weitere Schritt — die Umwandlung der übernehmenden Kapitalgesellschaft in eine eigenverantwortliche Personalgesellschaft oder natürliche Person — jemals getan wird. So geraten Böttcher-Meilicke in die Zwickmühle: einerseits Eigenverantwortung — andererseits keine Eigenverantwortung. Sie lösen diesen Widerstreit durch den Schluß: also in gewissem Sinne Eigenverantwortung. Das ist ein Spiel mit Worten, das auf Verkennung des Wesens der Eigenverantwortung beruht, und überzeugt den, der tiefer zu sehen gewohnt ist, nicht. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die Judikatur juristische Personen als „persönlich haftende Gesellschafter" einer Personalgesellschaft zugelassen hat[8]): diese nach allgemeinem Handelsrecht entschiedene Frage hat nichts zu tun mit der hier zu entscheidenden Frage, ob die auf ein Stamm-

[1]) JW. 1934, 1824.

[2]) Böttcher u. Meilicke, Umwandlung und Auflösung von AktG. und GmbH., Berlin 1934, Franz Vahlen. Vgl. Schrifttum in diesem Heft.

[3]) DNotZ. 1934, 559. Ebenso Seybold ebenda S. 726.

[4]) RG. 65, 230 f., 227 = JW. 1907, 303; 68, 410, 412 = JW. 1908, 450; Groschuff: JW. 1934, 944.

[5]) Das sind die im UmwandlG. aufgeführten Fälle, von denen hier streitig ist, ob die Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft darunter gehört.

[6]) a. a. O. S. 39 f. Note I 2 c.

[7]) a. a. O. S. 41 (Note II 3 zu § 8) u. S. 44 (Note 3 zu § 9).

[8]) Eine unglückliche Schöpfung des Liberalismus, die sich im Wirtschaftsleben unheilvoll ausgewirkt hat.

kapital beschränkte Haftung eines anonymen Unternehmers eine „Eigenverantwortung des Unternehmers" bedeutet.

Auch was Böttcher-Meilicke sonst anführen, überzeugt nicht: insbesondere ist aus der „amtlichen Erläuterung" des UmwandlG. (DJ. 1934, 883) nichts zu entnehmen, weil diese den Sprachgebrauch des Gesetzes („eine Hand", „alleiniger Gesellschafter") beibehält, und zwar ohne Erläuterung, insbesondere die Möglichkeit der Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft überhaupt nicht erwähnt. Eine solche Erläuterung i. S. der Auslegung von Böttcher-Meilicke und Quassowski wäre auch kaum möglich, ohne Verwirrung zu stiften. Denn aus der amtlichen Erläuterung geht für den, der mit Verständnis liest, bereits das Gegenteil hervor. Das beweisen die Eingangsworte:

„Bei der anonymen Gesellschaft ... fallen die Funktionen des Leiters und des Eigentümers des Unternehmens auseinander. Die Gefahr eines Vermögensverlustes infolge unsachgemäßer Betriebsführung trifft die Gesellschaft als die Eigentümerin, nicht die Verwaltungsmitglieder. Bei der Personalgesellschaft und dem Einzelunternehmen (!) sind Leiter und Inhaber des Unternehmens meist personengleich. Jeder geschäftliche Ausfall, jeder Verlust trifft auch den, der das Unternehmen leitet. Diese Verbundenheit des Leiters des Unternehmens mit dem Geschick des Unternehmens bietet in besonderem Maße die Gewähr für eine gewissenhafte und verantwortungsbewußte Leitung (!), aber auch für Tatkraft und Unternehmungsgeist des Leiters (!) und ist daher geeignet, das Vertrauen in das Unternehmen und seine Leitung zu stärken (!). Hinzukommt der Mangel an Offenkundigkeit, der mit der anonymen Kapitalform notwendigerweise verbunden ist und der nicht nur der Überfremdung jeder Art Vorschub leistet, sondern es auch den an dem Unternehmen Beteiligten ermöglicht, ihr Geschäftsgebahren zu einem unpersönlichen und undurchsichtigen zu machen (!)."[9])

Das sind Worte vorausschauender Weisheit, die unzweideutig erkennen lassen, was es mit der „Eigenverantwortung des Unternehmers" auf sich hat: Der „Führer" des Unternehmens, der mit seinem Gut und Blut auf Gedeih und Verderb dem Unternehmen verbunden ist, trägt „Eigenverantwortung"; niemand sonst, insbesondere nicht der angestellte Verwaltungsbeamte einer (übernehmenden) Kapitalgesellschaft oder gar diese selbst. Diese Eigenverantwortung kann geteilt sein: dann spricht man von Personalgesellschaft; sie kann ungeteilt sein: dann spricht man von einem Einzelkaufmann. In beiden Fällen sind natürliche Personen „mit ihrem Eigen verantwortlich".

Nirgends verläßt die „amtliche Erläuterung" diesen Grundgedanken. Er wird vielmehr scharf betont in folgenden Sätzen: „An die Stelle (!) der Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die juristische Personen sind, tritt ... eine Personengesamtheit oder, wie bei der Umwandlung in ein Einzelunternehmen (!), eine Einzelperson." Bekanntlich kann Inhaber eines Einzelunternehmens nur eine einzige natürliche Person sein[10]). Ferner: „Die Gesellschafter, also die Aktionäre ... und die Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, tauschen (!) ihre beschränkte (!) Haftung gegen unbeschränkte (!) Haftung und (!) persönliche Verantwortung ein ..."

Somit können Böttcher-Meilicke auf die „amtliche Erläuterung" sich ganz gewiß nicht berufen. Daß nach dieser das Gesetz die sog. Entschachtelung der Kapitalgesellschaften fördern will, ist richtig. Damit ist aber noch nichts dafür erbracht, daß das Gesetz die Umwandlung von einer Kapitalgesellschaft in die andere fördern will, um dann zuzusehen, wie die Entwicklung auf halbem Wege stehen bleibt. Wie diese Entschachtelung vorzunehmen ist, wird weiter unten behandelt werden. Aus § 8 DurchfVO. z. SteuererlG. vom 7. Juli 1934 endlich ist für die Auslegung des UmwandlG. vom 5. Juli 1934 nichts zu entnehmen: er bestätigt lediglich den Grundsatz, daß Eigenverantwortung natürlicher Personen Bedingung einer Steuererleichterung sind. Böttcher-Meilicke[11]) scheinen mir hier gegen ihre eigene (richtige) theoretische Erkenntnis zu verstoßen, daß handelsrechtliche und steuerrechtliche Erleichterungen „als zwei sich schneidende Kreise" grundsätzlich nichts miteinander zu tun haben.

So bleibt als einzige Motivierung für die Zulassung der Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft der Wunsch oder das Bedürfnis der Umwandlungserleichterung. Wunsch oder Bedürfnis reichen aber nicht aus, wenn sie im Gesetz selbst unter Berücksichtigung der Präambel keinen Ausdruck gefunden haben: vielmehr würde es dann einer DurchfVO. des Reichsministers der Justiz bedürfen auf Grund des § 16 UmwandlG. Bedarf es aber einer solchen DurchfVO.? Dies bleibt jetzt noch zu untersuchen.

Die ganze Streitfrage erhält nämlich schlagartig eine ganz andere Beleuchtung, wenn man von dem allzu primitiven Schulbeispiel, das eingangs aufgestellt ist, absieht und verwickeltere Beispiele, wie sie die Praxis besonders der Großstadt bietet, ins Auge faßt: z. B. eine GmbH. besteht aus zwei oder gar noch mehr Gesellschaften, die jede eine juristische Person sind. Freilich würden Böttcher-Meilicke (a. a. O. S. 44 Note 3 zu § 9) in Konsequenz ihrer Rechtsauffassung hier die Bildung einer nur aus Kapitalgesellschaften bestehenden Personalgesellschaft zulassen. Dies handelsrechtlich zwar mögliche, aber widersinnige Gebilde trägt von Eigenverantwortung im oben entwickelten Sinne keine Spur. Noch kennzeichnender ist folgendes Beispiel: dutzende, ja hundert Einmann-Kapitalgesellschaften sind hintereinander derart ineinander verschachtelt, daß die eine Gesellschaft Alleingesellschafter der vorangehenden ist.

Gerade diese Verschachtelung ist bei Grundstücksgesellschaften der großen Städte ein unentwirrbarer Übelstand, der in einer endlosen Kette nacheinander folgender Konkurse offen zutage tritt. Die bis zum Schluß des Jahres 1936 laufende Umwandlungsfrist mit den für die Vermögensvereinigung bestimmten sechsmonatigen Sperrfristen werden hier kaum ausreichen, die Überführung zur Eigenverantwortung bis zur letzten natürlichen Person oder Personenmehrheit durchzuführen. Wohl aber zeigen diese beiden verwickelteren Beispiele, die sich noch durch andere Spielarten variieren und komplizieren ließen, deutlich, wo der Hebel anzusetzen ist, um die nach der „amtlichen Erläuterung" vom Gesetzgeber zweifellos beabsichtigte Entschachtelung durchzuführen: Die Umwandlung muß nicht bei der Spitze des Gebäudes, der Dachgesellschaft, beginnen, sondern bei dem Fundament des Gebäudes, der letzten tragenden Kapitalgesellschaft; die Umwandlung hat sich nicht zu vollziehen in der Richtung von oben nach unten, sondern in der umgekehrten Richtung von unten nach oben. Das Fundament ist zu stärken in der Weise, daß die unterste Kapitalgesellschaft zunächst zur Eigenverantwortung des oder der Unternehmer überführt wird, dieser die Aktien oder Geschäftsanteile der übergeordneten Kapitalgesellschaft übernimmt, worauf sich das Spiel wiederholt, bis die oberste Dachgesellschaft zur Eigenverantwortung einer oder mehrerer natürlicher Personen überführt ist[12]). Selbst wenn dieses Endziel nicht erreicht wird — wegen der Kürze der Umwandlungsfrist oder aus sachlichen Gründen —, so würde das Ergebnis doch immer bleiben, daß nicht nur die Kette der Verschachtelungen verkürzt ist, sondern vor allem, daß das Gesamtgebäude stets auf wahrer Eigenverantwortlichkeit wenigstens ruht. Diese Prozedur, die mit der Entschachtelung unten beginnt, scheint mir auch den Belangen der Wirtschaft am meisten zu entsprechen, da bei den übergeordneten Kapitalgesell-

[9]) Man vergleiche zu diesen Schlußworten Note 8 und ziehe die Folgerung.

[10]) Von dem einzigen Ausnahmefall einer Erbengemeinschaft abgesehen, die nach dem Gesamthandsprinzip als Alleininhaber gilt. Auch diese Erbengemeinschaft besteht — wie die offene Handelsgesellschaft — aus natürlichen Personen.

[11]) a. a. O. S. 15 sub III.

[12]) Da nach §§ 4, 8 Abs. 1, 9, 12, 13, 14 UmwandlG. das Vermögen der aufgelösten Kapitalgesellschaft im Wege der Gesamtnachfolge auf die natürliche Person oder Personenmehrheit übergeht, bedarf es bei aufzulösenden GmbH. nicht der Abtretung der Geschäftsanteile an die natürlichen Personen (§ 15 GmbHG.).

schaften Gründe zur Beibehaltung der anonymen Kapitalform vorwalten können, wie sie auch die „amtliche Erläuterung" anerkennt. Rechtlich entscheidend ist aber der Gesichtspunkt, daß bei einer unten beginnenden Umwandlung sich jede Erscheinungsform der Verschachtelung lösen läßt und gleichzeitig jeder Entschachtelungsschritt eine Überführung zur Eigenverantwortung im Sinne des Führergedankens bedeutet. Mit der Aufzeigung dieses Weges glaube ich den Beweis erbracht zu haben, daß für den Gesetzgeber gar kein Anlaß bestand, unter „einer Hand" und „alleiniger Gesellschafter" auch Kapitalgesellschaften miteinzubegreifen: die §§ 1 Abs. 1 und 8 Abs. 1 — und ebenso § 10 — UmwandlG. haben vielmehr ersichtlich nur die Umwandlung in natürliche Personalgesellschaften oder natürliche Personen im Sinne. Der mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbare Sinn und Zweck des Gesetzes, wie er in der Präambel und in der „amtlichen Erläuterung" zutage tritt, haben sich als die Stützen dieser Rechtsansicht ergeben; nicht zuletzt auch die klare Gesetzestechnik, die die Überführung aus dem B-Register (juristische Personen) in das A-Register (Personalgesellschaften, Einzelkaufleute) oder die gänzliche Ausmerzung aus dem Handelsregister bei fehlender Eintragungspflicht (§ 36 HGB.) oder fehlender Eintragungsfähigkeit (§ 4 HGB.) ermöglicht.

Hiernach ist die eingangs gestellte Frage,
ob Kapitalgesellschaften auf Grund des Umwandlungsgesetzes in andere juristische Personen (insbesondere Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften mit beschränkter Haftung) überhaupt überführt werden können,

in dieser Form ganz allgemein zu verneinen. Nur eine einzige Ausnahme ist zuzulassen: befinden sich sämtliche Aktien oder Geschäftsanteile der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft in der Hand staatlicher Unternehmungen — z. B des Deutschen Reichs, des Landes Preußen oder der Stadt Berlin usw. —, so steht der Umwandlung nichts im Wege: denn nach § 36 HGB. sind diese staatlichen Unternehmungen als juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht handelsrechtlich eintragungspflichtig und in der Regel auch nicht eingetragen. Im Falle der Umwandlung ist hier die Überführung in die Eigenverantwortung des Fiskus als unbeschränkt und persönlich haftenden Unternehmer — gleichviel, ob im Handelsregister eingetragen oder nicht — durchgeführt und eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit eines dahinterstehenden Dritten öffentlich-rechtlich nicht gegeben. Ist der Fiskus nicht „alleiniger" Gesellschafter der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft, so muß er freilich im Wege der vorherigen Abfindung der Mitgesellschafter — mögen diese Einzelpersonen, Personal- oder Kapitalgesellschaften sein — sämtliche Aktien oder Geschäftsanteile zunächst in seiner einen Hand vereinigen, wenn er selbst die Eigenverantwortung übernehmen will. Die Umwandlung in eine Personalgesellschaft (offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft) zwischen Fiskus und natürlichen Personen, die nach der bisherigen Rechtsprechung an sich möglich ist, wird aus begreiflichen Gründen kaum praktisch werden, ist aber im Sinne des UmwandlG. unbedenklich, weil die Eigenverantwortung restlos durchgeführt sein würde.

Soweit über den Rahmen des UmwandlG. hinaus ein Bedürfnis bestehen sollte, Kapitalgesellschaften zunächst in der Richtung „von oben nach unten" in andere bestehende Kapitalgesellschaften umzuwandeln, reichen die nach bisherigem Recht gegebenen Vorschriften — freilich ohne den Vorteil der Steuererleichterungen, für die hier ja auch kein Anlaß wäre — vollkommen aus: die §§ 305, 306 HGB. regeln die Übertragung des Vermögens einer Aktiengesellschaft auf eine andere bereits bestehende Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien mit oder ohne Liquidation. Die Praxis hat eine solche Fusion auch zwischen Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung (und umgekehrt) zugelassen (JFG. 7, 292). Zwischen zwei Gesellschaften mit beschränkter Haftung ist sie möglich durch Liquidation der einen Gesellschaft (KG. 1 b X 571/27).

2. Findet das UmwandlG. Anwendung auf Liquidationsgesellschaften?

Diese Frage wird nicht ganz mit Unrecht bejaht von Böttcher-Meilicke[13]), aber ohne ausreichende Begründung: sie schließt eine Fehlerquelle ein.

Der Wortlaut des UmwandlG. spricht zunächst dagegen (§ 1: „unter Ausschluß der Liquidation"). Sofern man aus der Steuererleichterungsgesetzgebung Rückschlüsse auf die Auslegung des UmwandlG. glaubt ziehen zu dürfen, verstärken sich die Bedenken eher noch: nicht nur knüpft § 1 SteuererlG. vom 5. Juli 1934 die Steuererleichterung gleichfalls an einen „Ausschluß der Liquidation", sondern § 2 a. a. O. stellt steuerlich der umgewandelten Gesellschaft nur die zukünftig aufgelöste Gesellschaft gleich („... aufgelöst und ihr Vermögen im Wege der Liquidation ... übertragen wird"). Daraus könnte der Schluß gezogen werden, daß bereits vor dem Stichtag (1. Juli 1934) aufgelöste Kapitalgesellschaften überhaupt nicht mehr nach dem UmwandlG. umgewandelt werden können und die nach dem Stichtag aufgelösten Kapitalgesellschaften nur steuerlich den umgewandelten Gesellschaften gleichgestellt werden sollen. Dieser Eindruck wird verstärkt durch den Wortlaut des § 1 DurchfVO. zum Gesetz über Steuererleichterungen usw. vom 7. Juli 1934 (RGBl. I, 595): „... am 1. Juli 1934 (Stichtag) bestehende Kapitalgesellschaft ... unter Ausschluß der Liquidation ..." bzw. „am Stichtag bestehende Kapitalgesellschaft aufgelöst und ihr Vermögen im Wege der Liquidation ... übertragen wird."

Allein mit Recht weisen Böttcher-Meilicke[14]) darauf hin, daß grundsätzlich Rückschlüsse aus der Steuererleichterungsgesetzgebung auf die Auslegung des UmwandlG. nicht zu ziehen sind. Es ist daher grundsätzlich die Auslegung auf handelsrechtlichem Boden zu versuchen. Ist diese gelungen, so werden sich für die Auslegung der Steuergesetze, die Nebengesetze zum UmwandlG. sind, die Folgerungen voraussichtlich von selbst ergeben: die Auslegung der Steuererleichterungsgesetze hat, soweit erforderlich, von der Auslegung des UmwandlG. auszugehen, nicht umgekehrt.

In dieser Hinsicht ist der Rechtsboden durch die Rechtsprechung bereits vorbereitet. Nach der grundlegenden Entscheidung des RG. 118, 339 ff. = JW. 1928, 633 kann nämlich eine durch Gesellschafterbeschluß aufgelöste, in Liquidation befindliche Gesellschaft mit beschränkter Haftung durch einstimmigen Beschluß der Gesellschafter ohne Neugründung in eine werbende Gesellschaft zurückverwandelt werden, wenn die Liquidation noch nicht beendet und das Stammkapital selbst entweder unversehrt geblieben oder, soweit schon ausgezahlt, wieder hereingebracht ist.

Da die Rechtspersönlichkeit der Kapitalgesellschaft während des Abwicklungsstadiums unstreitig fortbesteht und der Rückverwandlungsbeschluß mangels Neugründung — ebensowenig wie der Liquidationsbeschluß[15]) — eine Satzungsänderung enthält, so hat die Eintragung des gültigen Rückverwandlungsbeschlusses ins Handelsregister nicht konstitutive, sondern lediglich deklaratorische Wirkung.

Daraus folgt: Die Wirkung der Rückverwandlung tritt nicht ex nunc, sondern ex tunc ein, d. h. die Kapitalgesellschaft wird so behandelt, wie wenn sie niemals aufgelöst worden wäre; mit anderen Worten: die Kapitalgesellschaft ist niemals etwas anderes als eine werbende Gesellschaft gewesen.

Infolgedessen ist es ganz unerheblich geworden, ob sie vor oder nach dem Stichtag (1. Juli 1934) einmal in Liquidation getreten war.

Die aus dem allgemeinen Handelsrecht sich ergebenden Erwägungen gestatten aber, noch eine weitere Schlußfolgerung zu ziehen: wenn es nach RG. 118, 339 f. richtig ist, daß die Rückverwandlung keine Satzungsänderung einschließt, die zu ihrer Wirksamkeit vorheriger Eintragung ins Handelsregister bedürfte, so bestehen keine Bedenken, auch ohne aus-

[13]) a. a. O. S. 19, Note III 3 zu § 1; S. 61, Note II zu §§ 1, 2 SteuererlG.

[14]) a. a. O. S. 15 Note III.

[15]) Von der einzigen Ausnahme — vorzeitige Auflösung einer befristeten Kapitalgesellschaft — kann in diesem Zusammenhange mit RG. a. a. O. abgesehen werden.

drücklichen Rückverwandlungsbeschluß, Anmeldung und Eintragung desselben Liquidationsgesellschaften den Erwerbsgesellschaften gleich zu behandeln und ihre Umwandlung auf Grund des Umwandlungsgesetzes zuzulassen,

sofern nur die Voraussetzungen der Entscheidung des RG. 118, 339 ff. — nämlich Unversehrtheit des Stammkapitals und Einstimmigkeit der Gesellschafter — vorliegen.

Daß diese Gleichstellung im Sinne des Gesetzgebers liegt, ergibt das Umwandlungsgesetz selbst. Denn:

a) in § 4 (i. Verb. m. §§ 8, 9, 12—14) wird zunächst der Übergang des Vermögens im Ganzen (im Wege der Gesamtnachfolge) angeordnet und in § 7 im Interesse des Gläubigerschutzes die getrennte Verwaltung dieses den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft unversehrt vorzubehaltenden Vermögens zur Bedingung der Umwandlung erhoben;

b) in §§ 10 Abs. 1, 11 Abs. 1 S. 1 (i. Verb. m. §§ 8, 9, 12—14) wird die Einstimmigkeit der erschienenen und nichterschienenen Gesellschafter zur Bedingung der Umwandlung erhoben.

Daher läßt sich nur mit der Einschränkung, daß die Liquidation noch nicht das unversehrt als Ganzes zu übertragende Stammkapital ergriffen hat oder die Liquidation wieder rückgängig gemacht wird, die Gleichstellung der Liquidationsgesellschaften mit Erwerbsgesellschaften zum Zwecke der Umwandlung rechtfertigen, wenn Schädigungen der Gläubiger, die Anspruch auf Erhaltung des Stammkapitals haben, verhütet werden sollen[16]). Nur mit dieser Einschränkung ist die eingangs gestellte Frage zu bejahen.

Liquidationsgesellschaften dagegen, deren Stammkapital weder unversehrt geblieben noch wieder aufgefüllt ist, sind in der Zerstörung ihrer Vermögensgrundlage bereits so weit vorgeschritten, daß sie ihr Restvermögen nur noch durch Singularsukzession im Wege der Fortsetzung der Liquidation übertragen können.

Soweit daher im Rahmen des UmwandlG. Liquidationsgesellschaften den Erwerbsgesellschaften gleich behandelt werden können, sind die Voraussetzungen hierfür — insbesondere die Unversehrtheit des Stammkapitals — dem Registerrichter nachzuweisen.

Was für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung gilt, gilt entsprechend auch für die übrigen Kapitalgesellschaften.

Die Ausführung Böttcher-Meilickes (a. a. O. S. 19 Note III, 3 zu § 1):

„... ist die Verteilung des Gesellschaftsvermögens bereits im wesentlichen beendet, so ist ... für die Umwandlung kein Raum mehr."

ist also ungenau, weil sie der Auffassung entspringt, als ob sie möglich sei, wenn das Stammkapital (Grundkapital) bereits angegriffen und nicht wieder aufgefüllt ist.

Für die Steuererleichterungsgesetze ist nunmehr die Schlußfolgerung leicht zu ziehen: wenn rückverwandelte oder rückverwandlungsfähige Liquidationsgesellschaften tatsächlich und rechtlich Erwerbsgesellschaften geblieben sind, sind sie m. E. auch steuerlich wie Erwerbsgesellschaften zu behandeln. Die wirtschaftliche Grundlage für die Besteuerung ist die gleiche geblieben. Damit fällt Licht auch auf den Sprachgebrauch der Steuergesetzgebung: für diese ist die Frage, ob eine Kapitalgesellschaft im Sinne des materiellen Rechts „besteht", d. h. Rechtspersönlichkeit hat, ohne Interesse, sondern lediglich von Bedeutung, ob sie wirtschaftlich Erwerbsgeschäfte treibt oder nur schwebende Geschäfte noch abwickelt. So erklärt es sich m. E. zwanglos, daß sie nur ins Auge faßt: die als Erwerbsgesellschaft am Stichtag „bestehende" und die künftig („wird") liquidierende Kapitalgesellschaft, die am Stichtag bereits aufgelöste Gesellschaft aber nicht ausdrücklich erwähnt, so daß deren steuerliche Behandlung — wie hier versucht — der Auslegung vorbehalten bleibt.

[16]) Liquidation von Reserven, auf deren Verwertung die Gläubiger keinen Anspruch haben, wird unschädlich sein, sofern nicht besondere Gründe dagegen sprechen. (Fiktiver Wert des Stammkapitals?)

Es erübrigt sich, noch kurz die Möglichkeit eines Einwands zu streifen: wenn die Rückverwandlung einer Liquidationsgesellschaft in eine Erwerbsgesellschaft auf Grund der Entscheidung des RG. 118, 339 f. ausdrücklich „beschlossen" wird, so könnte die Nichtigkeit dieses Beschlusses aus dem Gesichtspunkte des „Scheins" (§ 117 BGB.) erwogen werden, weil die Gesellschafter in wechselseitigem Einverständnis nicht die Fortsetzung der Gesellschaft als Erwerbsgesellschaft in ihrer bisherigen anonymen Rechtsform, sondern die Umwandlung in eine eigenverantwortliche Rechtsform wollen. Im Falle der „Eintragung" des Rückverwandlungsbeschlusses könnte sich dann, wenn anschließend die Umwandlung vorgenommen wird, in der Ferne die Gefahr der Löschung des Rückverwandlungsbeschlusses als nichtig gemäß § 144 Abs. 2 RFG. zeigen. Indes: ganz abgesehen davon, daß nach dem vom UmwandlG. erstrebten Zweck der Überführung zur Eigenverantwortung die Voraussetzung des „öffentlichen Interesses" für eine nachträgliche Nichtigkeitslöschung fehlen dürfte und der bloße Rückverwandlungsbeschluß nach RG. 118, 339 f. erlaubt ist, ist dem Einwand die Stütze dadurch entzogen, daß nach der hier versuchten Auslegung es überhaupt nicht eines Rückverwandlungsbeschlusses, sondern lediglich des Umwandlungsbeschlusses bedarf: es sind die aus allgemeinem Handelsrecht sich ergebenden Grundsätze der Entscheidung des RG. oben auf das UmwandlG. angewendet worden; hierbei hat sich ergeben, daß diese Grundsätze im UmwandlG. selbst auch ihren Ausdruck gefunden haben.

3. Welcher Stichtag ist der Umwandlungsbilanz zugrunde zu legen?

Nach § 3 (i. Verb. m. §§ 8, 9, 12—14) UmwandlG. ist der Anmeldung der Umwandlung „die der Umwandlung zugrunde gelegte Bilanz" beizufügen.

Ihr „Inhalt" ergibt sich aus ihrem Zweck, den Vermögensstand, der der Umwandlung zugrunde liegt, anzugeben.

Daraus könnte gefolgert werden, daß Bilanzstichtag der Tag des Umwandlungsbeschlusses ist.

Das ist praktisch aber nicht ausführbar, weil die sachgemäße Beschlußfassung über die Umwandlung die Prüfung der Bilanz und ihrer Unterlagen durch die beteiligten Gesellschafter zur Voraussetzung hat. Darum ist neben Entlastungserteilung auch „Genehmigung" der Umwandlungsbilanz, wenn auch nicht vorgeschrieben, so doch sachgemäß und zweckmäßig[17]).

Infolgedessen wird man einen besonderen Bilanzstichtag fordern müssen, der in dem vom Inkrafttreten des UmwandlG. bis zur Fassung des Umwandlungsbeschlusses sich erstreckenden Zeitraum zu suchen ist und dessen Wahl zunächst ins sachgemäße Ermessen der Kapitalgesellschaft gestellt ist („zugrundegelegte"). Dieser Zeitraum muß aber enger umgrenzt sein wegen der Möglichkeit zwischenzeitlicher Vermögensveränderungen, die die Zuverlässigkeit der Bilanz als Umwandlungsgrundlage in Frage stellen. Es leuchtet ein, daß nicht auf Grund einer Bilanz vom 5. Juli 1934 noch am 31. Dez. 1936 die Umwandlung beschlossen werden kann.

Einen Anhaltspunkt für den Höchstzwischenraum gibt die Vorschrift des § 333 Abs. 2 HGB., wonach bei Umwandlung der Kommanditgesellschaft auf Aktien in eine Aktiengesellschaft die Bilanz nicht für einen weiter als zwei Monate vor der „Anmeldung" (!) zurückliegenden Zeitpunkt aufgestellt sein darf. Man wird diesen Gedanken für das UmwandlG. vom 5. Juli 1934 verwerten können, ohne sich auf formal analoge[18]) Anwendung ein für allemal festzulegen; vielmehr werden im Einzelfall die konkreten Umstände, die sich aus dem Akteninhalt ergeben können, für Einengung oder Ausdehnung der zwischen Bilanzstichtag und Umwandlungsbeschluß sprechenden Frist mitzuberücksichtigen sein, wobei der Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes in den Vordergrund tritt. Um Beanstandungen zu verhüten, wird sich daher eine möglichst dichte Aufeinanderfolge von Bilanzstichtag, Umwandlung und Anmeldung empfehlen.

[17]) Ebenso Böttcher-Meilicke a. a. O. S. 48 (Note I 2b zu § 10).

[18]) Für analoge Anwendung Böttcher-Meilicke a. a. O. S. 23, Note 2 zu § 3.

Handelsregister und Reichskulturkammer

Von Amtsgerichtsrat Karl Peus, Berlin

Nachdem das Reichskulturkammergesetz vom 22. Sept. 1933 die Angehörigen der den Aufgabenkreis des Reichsministers für Volksaufklärung und Propaganda betreffenden Tätigkeitszweige zu den in §§ 2 und 5 des Gesetzes genannten sieben Körperschaften öffentlichen Rechts zusammengefaßt und diese zur Reichskulturkammer vereinigt hat, müssen nach der 1. DurchfVO. v. 1. Nov. 1933 (RGBl. I 33, 797) alle Personen Mitglied der jeweils für sie zuständigen Einzelkammer sein, die bei der Erzeugung, der Weitergabe, der geistigen oder technischen Verarbeitung, der Verbreitung, der Erhaltung, dem Absatz oder der Absatzvermittlung von Kulturgut mitwirken. Viele dieser Personen sind Kaufleute im Sinne des HGB., seien es Einzelkaufleute oder Handelsgesellschaften. Insbesondere kommen Verleger, Theaterunternehmer und Filmhersteller in Frage.

Die große und begrüßenswerte Zusammenfassung aller dieser zur Arbeit an der deutschen Kultur Berufenen hat nun die Frage entstehen lassen, wie sich, wenn sie Kaufleute sind, ihr Verhältnis einerseits zur Reichskulturkammer, andererseits zu den Industrie- und Handelskammern gestaltet, und wie sich zwischen Reichskulturkammer und Industrie- und Handelskammern untereinander die Zuständigkeiten abgrenzen.

Durch amtliche Bekanntmachung des Präsidenten der Reichskulturkammer vom 20. Juni 1934 (Völk. Beob. vom 24. Juni 1934 Nr. 175; Börsenblatt vom 26. Juni 1934 Nr. 146) ist allen Mitgliedern der Einzelkammern der Reichskulturkammer die Zugehörigkeit zu einer Industrie- und Handelskammer, Handwerkskammer sowie der Hauptgemeinschaft des deutschen Einzelhandels untersagt. Damit ist das Verhältnis der Firmen zu der Reichskulturkammer und den Industrie- und Handelskammern endgültig dahin geklärt, daß sie — durch die jeweils zuständige Einzelkammer — nur der ersteren angehören dürfen und müssen.

Es ist aber noch die Frage offen, ob und inwieweit auch alle Aufgaben, die die Industrie- und Handelskammern bisher in Ansehung der betreffenden Firmen hatten, auf die Reichskulturkammer übergegangen sind. Hier bestehen noch Unklarheiten.

Die Praxis scheint zu der Auffassung zu neigen, daß nunmehr alle diese Aufgaben der Reichskulturkammer zugefallen wären. Diese Ansicht dürfte aber zunächst mit dem noch herrschenden Gesetzesstande kaum vereinbar sein, soweit es sich um diejenigen Aufgaben der Industrie- und Handelskammern handelt, die mit der Führung des Handelsregisters zusammenhängen. Die Gesetzeslage ist zur Zeit so:

Die Mitglieder der in der Reichskulturkammer vereinigten Einzelkammern werden, soweit sie Kaufleute sind, nach wie vor im Handelsregister geführt; die Registergerichte haben daher nach wie vor auch bei diesen Firmen über die gesetzmäßige Führung des Registers zu wachen. Nach § 126 RFGG. haben die Registergerichte bei den notwendigen Ermittelungen über die für das Handelsregister maßgeblichen Verhältnisse die „Organe des Handelsstandes" heranzuziehen. Diese Organe haben nach der gleichen Gesetzesbestimmung auch das Recht, beim Registergericht Anträge zu stellen und Beschwerden einzulegen. Für Preußen sind nach dem Gesetz vom 24. Febr. 1870/19. Aug. 1897 die Industrie- und Handelskammern Organe des Handelsstandes im Sinne des RFGG.

Anordnungen, die die Aufgabe der Industrie- und Handelskammern, die Registergerichte zu unterstützen, auf die Reichskulturkammer übertrügen, sind bisher nicht veröffentlicht. Der Gedanke, daß etwa schon jetzt ohne Gesetzesänderung die Reichskulturkammer als Organ des Handelsstandes im Sinne des § 126 RFGG. anzusehen wäre, ist abzulehnen. Es widerspräche das völlig dem Wesen und der Aufgabe dieser Körperschaft. Die Registergerichte dürften daher noch heute verpflichtet sein, in den entsprechenden Fällen die Industrie- und Handelskammern, nicht die Reichskulturkammer, um Ermittelungen und Gutachten anzugehen; die Industrie- und Handelskammern müssen diesen Ersuchen Folge leisten; sie haben auch noch das Antrags- und Beschwerderecht.

Es erhebt sich aber weiter die Frage, ob es etwa im Sinne der Bestrebungen des Reichskulturkammergesetzes und im Sinne einer möglichst einheitlichen Behandlung aller diese Firmen betreffenden Fragen läge, den § 126 RFGG. dahin abzuändern, daß für die der Reichskulturkammer angehörenden Firmen diese an die Stelle der Industrie- und Handelskammern tritt. Diese auf den ersten Blick naheliegende Erwägung hat aber die schwersten Bedenken gegen sich, die sich aus der Doppelstellung der betreffenden Firmen als Mitarbeiter an der deutschen Kultur einerseits und als Kaufleute andererseits ergeben: Die Reichskulturkammer hat die Aufgabe, zum Besten der Volksgemeinschaft die wertvollen Kräfte zu fördern, Schädlinge aber auszumerzen und fernzuhalten. Daher kann sie Bedingungen für den Betrieb, die Eröffnung und die Schließung von Unternehmungen auf dem Gebiet ihrer Zuständigkeit festsetzen und Anordnungen über wichtige Fragen innerhalb dieses Gebietes, insonderheit über Art und Gestaltung der Verträge zwischen den von ihr umfaßten Tätigkeitsgruppen treffen (§ 25 der 1. DurchfVO.).

Ganz andere Fragenkreise unterliegen der Prüfung der Registergerichte: sie haben neben rein juristischen in erster Linie auch wirtschaftliche Fragen zu prüfen, z. B. die Frage, ob ein gewerbliches Unternehmen Geschäfte der in § 1 Abs. 2 HGB. genannten Art zum Gegenstande hat oder sonst nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 2 HGB.), ob der Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht (§ 4 HGB.), ob die Firmenbezeichnung den formellen Anforderungen des § 18 Abs. 2 HGB. entspricht, ob eine Firma infolge Betriebseinstellung und Vermögenslosigkeit erloschen ist (§ 31 Abs. 2 HGB.), ob bei einer Firmengründung in Form der Aktiengesellschaft oder der Kommanditgesellschaft auf Aktien die vorgeschriebenen wirtschaftlichen Grundlagen vorhanden, insbesondere die Revisionsvorschriften eingehalten sind (§§ 192 Abs. 3, 193 Abs. 3, 199 Abs. 2, 320 Abs. 3 HGB.) usw. Bei allen diesen Fragen bedienten sich die Registergerichte bisher der Unterstützung der Industrie- und Handelskammern. Alle diese Fragen haben auch in ihrem teils formalrechtlichen, teils wirtschaftlichen Wesen nichts mit den Fragen der kulturellen Bedeutung der Firmen in persönlicher oder sachlicher Hinsicht zu tun. Unser Recht des Handelsregisters steht leider ja noch auf dem Standpunkt, daß jeder eingetragen wird, der bestimmte formale Voraussetzungen erfüllt, ohne daß seine Zuverlässigkeit oder seine wirtschaftliche oder gar kulturelle Erwünschtheit oder Unerwünschtheit irgendeine Rolle spielte.

Für die erörterten juristischen und wirtschaftlichen Fragen bedarf es aber eines großen wirtschaftlichen Überblicks. Diesen haben die Industrie- und Handelskammern. Die Erfahrungen von Jahrzehnten stehen ihnen neben dem für die Bearbeitung aller dieser Aufgaben erforderlichen großen Personen- und Sachapparat zur Verfügung. So dürfte alles dafür sprechen, daß die Industrie- und Handelskammern auch weiterhin diese Aufgaben beibehalten. Es erübrigt sich dann für die Reichskulturkammer die Notwendigkeit, sich neben den kulturellen mit den ihr wesensmäßig fremden, rein wirtschaftlich-formaljuristischen Fragen zu befassen. Es wird dann auch vermieden, daß zwei öffentliche Körperschaften nebeneinander die gleichen Aufgaben erledigen, die eine bei den zur Reichskulturkammer gehörenden Firmen, die andere bei allen übrigen Firmen.

Es braucht auch nicht befürchtet zu werden, daß bei einer solchen Regelung zwischen den beiden Körperschaften Reibungen auftreten, wenn beide in allen Fragen, bei denen sich etwa ihre Aufgabenkreise berühren, verständnisvoll zusammenarbeiten. Solche Berührungen werden immerhin nicht ganz vereinzelt sein, ohne daß hier bei der ungeheuren Mannigfaltigkeit der Erscheinungen Beispiele aufgezählt werden müßten.

Es ist übrigens auch durchaus nichts Ungewöhnliches, daß eine Firma in den hier erwähnten registerrechtlichen Angelegenheiten vom Registergericht in Verbindung mit den Industrie- und Handelskammern überwacht wird, während eine andere staatliche Stelle wichtige Entscheidungen über andere, die Firma betreffende Fragen erläßt: z. B. unterstehen die Firmen, die gewerbepolizeilicher Konzession bedürfen — etwa Gasthaus- und Cafeunternehmen — in dieser Hinsicht nur den Polizeibehörden, während die registerrechtlichen Fragen ganz unabhängig von der Konzession dem von den Industrie- und Handelskammern unterstützten Registergericht unterliegen. Aus dieser Aufgabenerteilung sind Schwierigkeiten nicht erwachsen, auch dann nicht, wenn etwa das Registergericht in Übereinstimmung mit der Industrie- und Handelskammer die Voraussetzungen der Eintragung in das Handelsregister bejahte, während die Polizeibehörde die Konzession versagte.

Es wäre somit zu wünschen, daß alsbald durch Anordnung des Gesetzgebers klargestellt wird, daß die Industrie- und Handelskammern auch für die der Reichskulturkammer angehörigen Firmen die Rechte und Pflichten behalten, die ihnen bei der Führung des Handelsregisters hinsichtlich aller anderen Firmen zustehen. Damit würde die Reichskulturkammer der Notwendigkeit enthoben, sich mit wesensfremden Fragen zu befassen; es würde vielmehr jede der beiden Körperschaften im Rahmen der ihr wesensgemäßen Aufgaben einerseits der Förderung der deutschen Kultur, andererseits der deutschen Wirtschaft, damit aber gemeinsam zum Wohle der Volksgemeinschaft wirken.

Die Rechtsstellung des Handelsagenten im Konkurse der vertretenen Firma

Von Rechtsanwalt Erich Graßhoff, Berlin

Im Rahmen der Reformbestrebungen hinsichtlich des § 61 KO. (Erweiterungen des Konkursvorrechts für bestimmte Forderungen) spielt die Frage, ob dem Handelsvertreter wegen seiner Ansprüche im Konkurse der vertretenen Firma eine bevorzugte Stellung vor anderen Gläubigern einzuräumen ist, eine erhebliche Rolle. Im folgenden soll das Für und Wider einer solchen Neuregelung auf Grund der Betrachtung des bisherigen Rechtszustandes erörtert werden.

I.

Handelsagent ist gemäß § 84 HGB. derjenige, der, ohne als Handlungsgehilfe angestellt zu sein, ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines anderen Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des anderen abzuschließen. Der Agenturvertrag stellt sich danach gewöhnlich als ein Dienstvertrag dar, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (§§ 611 ff., 675 BGB.). Dies ist heute die herrschende Ansicht (Staub, Komm. z. HGB., Anm. 4b zu § 84; Jaeger, KO., Anm. 10 zu § 22). Denn wie sich aus § 611 BGB. ergibt, können Gegenstand des Dienstvertrages Dienste jeder, insbes. höherer Art sein. Weiter ist (vgl. § 612 BGB.) persönliche Abhängigkeit und Abhängigkeit von den Weisungen des Dienstherrn nicht unbedingtes Wesensmerkmal des BGB.-Dienstvertrages, ebensowenig wie die Vereinbarung eines festen Gehaltes.

Der Hauptanspruch des Agenten gegen den Geschäftsherrn ist das Entgelt. Dieses pflegt regelmäßig in Form von Provision gewährt zu werden. Der Vertreter bekommt also kein festes Gehalt, sondern verdient nur, wenn er Geschäfte tätigt; sein Verdienst ist vom Erfolge seiner Tätigkeit abhängig. Die vertretene Firma bezahlt ihren Agenten nicht schlechthin für Arbeit noch so umfangreicher Natur, sondern nur erfolgreiche Arbeit.

Der Vertreter arbeitet grundsätzlich auf eigene Gefahr; er trägt also selbst das Risiko dafür, ob seine Arbeit Erfolg bringt oder nicht. Aus dieser Selbständigkeit erhellt, daß nicht eigentlich seine Arbeitsleistung bezahlt wird, mag auch in dem Preise für die Vermittlung oder Ausführung eines Vertrages alle Arbeit eingerechnet sein, die für das Zustandekommen des Vertrages notwendig war.

Deshalb entspricht es nicht ganz der Sachlage, wenn man sagt, daß die Provision ein Entgelt für die gesamte Tätigkeit des Agenten darstellt (vgl. Staub a. a. O. Anm. 4b zu § 84), daß der Erfolg also nur gleichsam eine Bedingung für das Fälligwerden des Anspruches ist, denn einerseits hat der Vertreter niemals einen Anspruch auf Provision, wenn seine Arbeit erfolglos war, andererseits muß der Geschäftsherr dem Vertreter Provision zahlen, gleichgültig, welche Mühe dem Vertreter die erfolgreiche Arbeit gemacht hat (vgl. § 89 HGB.).

Die gesetzlichen Vorschriften über den Agenturvertrag (§§ 84 ff. HGB.) greifen erst dann Platz, wenn vertraglich nichts anderes vereinbart ist. So hat bei fehlender oder unzureichender Provisionsvereinbarung der Vertreter gemäß § 88 Abs. 3 HGB., § 612 BGB. einen Anspruch auf die übliche Provision. Den Zeitpunkt, wann die Provision verdient ist, bestimmt § 88 HGB. Danach gebührt die Provision dem Agenten für jedes durch seine Vermittlung zustandegekommene und zur Ausführung gelangte Geschäft.

Fraglich ist, ob der Provisionsanspruch tatsächlich erst mit der „Ausführung" selbst oder ob er nicht vorher schon mit dem Abschluß wenigstens — aufschiebend — bedingt entsteht. Die herrschende Ansicht vertritt die letzte Anschauung (Düringer-Hachenburg a. a. O. Anm. 8 zu § 88). Wichtig ist dieses für Abtretungen und Verpfändungen des Anspruches.

Gemäß § 88 Abs. 2 HGB. hat der Agent weiterhin auch dann einen Anspruch auf die Provision, wenn die Ausführung eines durch ihn vermittelten und vom Geschäftsherrn oder für den Geschäftsherrn abgeschlossenen Vertrages ganz oder teilweise unterblieben ist, ohne daß dafür Gründe in der Person des Vertragspartners vorgelegen haben und die Nichtausführung auf einem Verhalten des Geschäftsherrn beruht. Näheres darüber wird für den Fall des Konkurses noch weiter unten zu sagen sein.

Gemäß § 89 HGB. hat ein Handelsvertreter, soweit ihm ausdrücklich ein bestimmter Bezirk zur Bearbeitung zugewiesen ist, im Zweifel auch für solche Geschäfte Provisionsansprüche, welche in seinem Bezirke ohne seine Mitwirkung für die von ihm vertretene Firma abgeschlossen worden sind.

Für die im regelmäßigen Geschäftsbetrieb entstandenen Unkosten und Auslagen kann der Vertreter ohne besondere Vereinbarung keinen Ersatz verlangen. Ein Recht auf Erteilung von Buchauszügen und auch auf Büchereinsicht im gewissen Umfange besteht auf Grund des § 91 HGB., § 810 BGB. (zu diesem letzten vgl. RG. 87, 10 = JW. 1915, 778[1]).

Nach § 88 Abs. 4 HGB. schließlich findet die Abrechnung über die zu zahlende Provision mangels anderer Vereinbarungen am Schlusse eines jeden Kalenderhalbjahres statt. Auf die verhängnisvolle Auswirkung dieser Bestimmung gerade im Falle des Konkurses des Geschäftsherrn wird noch näher einzugehen sein.

Wegen etwa fälliger Geldansprüche gegen die vertretene Firma kann der Vertreter, sofern er Gelder kassiert hat, grundsätzlich mit diesen aufrechnen (§ 374 BGB.). Er hat ferner unter Umständen ein Zurückbehaltungsrecht an dem der vertretenen Firma gehörigen Gelde gemäß § 272 BGB., § 369 HGB., soweit nicht alles dies im Agenturvertrag ausdrücklich ausgeschlossen ist.

II.

Der Geschäftsbesorgungsvertrag, als welchen wir den Agenturvertrag soeben kennengelernt haben, erlischt gemäß § 23 Abs. 2 KO. kraft Gesetzes mit der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Geschäftsherrn.

§ 23 KO. lautet in dem hier interessierenden Teil: „Ein

von dem Gemeinschuldner erteilter Auftrag erlischt durch die Eröffnung des Verfahrens... Erlischt der Auftrag, so finden die Vorschriften des § 672 Satz 2 und des § 674 BGB. entsprechende Anwendung. — Das gleiche gilt, wenn sich jemand durch einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag verpflichtet hat, ein ihm von dem Gemeinschuldner übertragenes Geschäft für diesen zu besorgen." Daraus ist gefolgert worden, daß zwar der Auftrag des Agenten erlischt, das Dienstverhältnis aber bestehen bleibt, bis es vom Konkursverwalter gekündigt wird. Dieser Beschluß läßt sich jedoch schon aus dem Wortlaut des § 23 KO. nicht zwingend ziehen. Das Gegenteil erscheint sogar näherliegend; denn wenn der erste Absatz des § 23 davon spricht, daß ein gegebener Auftrag erlischt, würde es überflüssig sein, dies noch einmal für den Auftrag bei dem Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, zu wiederholen. Sinn erhält § 23 Abs. 2 KO. erst dann, wenn er besagen will, daß der Dienstvertrag, der sich über eine Geschäftsbesorgung verhält, als ganzer erlischt. Nur dieses Ergebnis ist auch sachlich gerechtfertigt.

Eine Kündigung seitens des Konkursverwalters ist somit zur Auflösung des Agenturvertrages nicht erforderlich, so daß es sich erübrigt, in diesem Zusammenhange auf die strittige Frage einzugehen, ob der Konkurs ein wichtiger Grund ist, der zu sofortiger Kündigung berechtigt. Selbstverständlich wird es zweckmäßig sein, daß der Konkursverwalter die Konkurseröffnung dem Vertreter mitteilt, um möglichen Schädigungen der Konkursmasse vorzubeugen.

Zugleich mit dem Agenturvertrag erlischt auch die Vollmacht des Vertreters (§ 168 BGB.). Gemäß § 672 BGB., auf den im § 23 KO. ausdrücklich verwiesen wird, besteht aber der Auftrag — und mit ihm die Vollmacht — insoweit fort, als es sich um Geschäfte handelt, deren Besorgung keinen Aufschub verträgt, und die zu besorgen der Agent verpflichtet war und bleibt. Schwierigkeiten ergeben sich nur daraus, daß es sich hier ja um einen Auftrag handelt, den noch der Gemeinschuldner gegeben hat, und ebenso um eine Vollmacht, die noch der Gemeinschuldner, nicht aber der Konkursverwalter erteilt hat. Es erhebt sich hiermit die Frage, ob die Besorgung dieser unaufschiebbaren Geschäfte nicht nur dem Gemeinschuldner, sondern auch der Konkursmasse gegenüber wirksam ist. Bejaht man dies letzte, so erkennt man damit eine Durchbrechung des Prinzips des § 7 KO. an, der bestimmt, daß Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat, den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind. Dessen ungeachtet wird man jedoch die Frage bejahen müssen, da sonst die Anführung des § 672 BGB. in § 23 KO. kaum erklärbar wäre; denn daß Geschäfte, deren Aufschub Gefahr mit sich bringen würde, den Gemeinschuldner persönlich verpflichten, brauchte nicht besonders gesagt zu werden. Die Bezugnahme auf § 672 in § 23 kann nur so verstanden werden, daß die Rechtshandlungen des Agenten aus § 672 der Konkursmasse gegenüber wirken sollen, da sich die KO. im übrigen niemals mit Rechtsbeziehungen des Gemeinschuldners außerhalb des Konkurses abgibt. Ansprüche des Vertreters aus Rettungsmaßnahmen erscheinen daher als Masseforderungen, seine Verfügungen verpflichten insoweit die Konkursmasse, falls sie sich innerhalb der Grenze seiner allgemeinen Vollmacht bewegen (so auch Walter Kauffmann in einer ausgezeichneten Abhandlung, welche allerdings speziell die Konkursansprüche des Versicherungsagenten behandelt; Hamburger Diss. 1932 S. 26 f.).

§ 23 KO. will eine ungestörte Abwicklung der bestehenden Verpflichtungen im Rahmen des Konkurses herbeiführen und dazu das Entstehen neuer Verpflichtungen für die Konkursmasse verhindern. Dieser Grundsatz ist jedoch im § 23 KO. selbst im Interesse des Handelsvertreters durchbrochen. Denn § 674 BGB., auf den § 23 KO. verweist, bestimmt:

„Erlischt der Auftrag in anderer Weise als durch Widerruf, so gilt er zugunsten des Beauftragten gleichwohl als fortbestehend, bis der Beauftragte von dem Erlöschen Kenntnis erlangt oder das Erlöschen erkennen muß."

Hat also der Vertreter Geschäfte in entschuldbarer Unkenntnis des Konkurses getätigt, so gilt sein Auftrag insoweit als fortbestehend. Das bedeutet, daß Ansprüche des Agenten auf Grund solcher Geschäftsführung von der Konkursmasse geschuldet werden. Praktische Bedeutung hat die fragliche Bestimmung im wesentlichen nur für Abschlußagenten und nur für etwaige Auslagenersatzansprüche oder als Grundlage für die Berechnung etwaiger Schadensersatzforderungen.

Mit dem Erlöschen des Agenturvertrages durch die Konkurseröffnung über das Vermögen des Geschäftsherrn entfallen im übrigen alle etwa vereinbarten Konkurrenzverbote, auch solche, die für die Zeit nach Ablauf des Agenturvertrages bestimmt sind (vgl. RG.: LZ. 1907, 60 f.; Kauffmann a. a. O. S. 28; Albrecht-Tentler, Das Recht des Agenten, 1908, S. 178; Jacusiel, Das Recht des Agenten, 1925, S. 124).

III.

Da, wie bereits erörtert, die Abrechnung über die verdiente Provision gewöhnlich halbjährlich erfolgt, werden bei Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Geschäftsherrn regelmäßig eine größere Anzahl von Provisionsposten offenstehen. Diese Ansprüche können sofort als fällige Konkursforderungen geltend gemacht werden (§ 65 KO.).

Da es sich bei diesen Ansprüchen gewöhnlich um Forderungen handeln wird, die im letzten Jahr vor Eröffnung des Konkurses entstanden sind, ist die umstrittene Frage zu lösen, ob diesen Ansprüchen das Vorrecht des § 61 Ziff. 1 KO. zusteht. Die herrschende Meinung verneint ein solches Vorrecht grundsätzlich (vgl. RG. 62, 231; Jaeger, KO., Anm. 14 zu § 61; a. A. Jacusiel a. a. O. S. 128). Für die Untersuchung des Problems ist davon auszugehen, daß der Agenturvertrag einen Dienstvertrag darstellt, und daß es sich bei den Provisionsansprüchen um Ansprüche auf Grund eben dieses Dienstvertrages handelt. Nun ist das Vorrecht im § 61 Ziff. 1 KO. nicht mehr auf den alten „Lidlohn" beschränkt; es steht nicht nur den Personen zu, die in besonderer persönlicher Botmäßigkeit zum Gemeinschuldner stehen. Trotzdem schließt die herrschende Meinung aus der Verwendung des Wortes „verdungen" in § 61 Ziff. 1 KO., daß nur diejenigen Dienstverpflichteten bevorrechtigt sein sollen, welche sich in einem wirtschaftlichen und persönlichen Abhängigkeitsverhältnis zum Gemeinschuldner befunden haben. Andernfalls wäre in der Tat auch nicht einzusehen, warum Forderungen für bestimmte Dienstleistungen in § 61 KO. noch besonders erwähnt werden, wie z. B. die Forderungen der Ärzte in § 61 Ziff. 4. Denn auch die Leistungen des Arztes gegenüber dem Gemeinschuldner basieren auf einem Dienstvertrag. Würde die Bevorrechtigung hier schon aus § 61 Ziff. 1 KO. zu folgern sein, wäre Ziff. 4 daselbst überflüssig. Die Bestimmung des § 61 Ziff. 1 KO. geht vielmehr offenbar von dem Gedanken aus, daß aus sozialen Gründen eine Bevorrechtigung derjenigen Platz greifen muß, die ihre Arbeitskraft dem Gemeinschuldner völlig zur Verfügung gestellt haben zu einem Preis, welcher meist nur das Existenzminimum des Dienstverpflichteten darstellt. Der Handelsvertreter dagegen ist regelmäßig selbständiger Kaufmann. Er hat mit dem Gemeinschuldner wie dessen sonstige nichtbevorrechtigten Gläubiger auf eigenes Risiko gearbeitet. Dafür ist sein Verdienst in aller Regel nicht auf eine bestimmte Summe festgelegt, sondern hängt in gewissem Grade von seinen persönlichen Fähigkeiten ab. Desungeachtet ist jedoch das Verlangen nach Zubilligung einer Bevorrechtigung für die Provisions- und Auslagenforderungen des Handelsvertreters im Konkurse der von ihm vertretenen Firma, entsprechend der dem Handlungsgehilfen auf Grund von § 61 Ziff. 1 KO. zustehenden Vergünstigung, eine alte Forderung des Handelsvertreterberufes, die trotz mehrfacher Ablehnung niemals verstummt ist und gerade heute stärker als je erhoben wird. Vor dem Kriege wurde infolge der allgemein günstigen Wirtschaftslage der Mangel eines solchen Vorrechtes nicht empfunden; der Vorschlag, anläßlich der Einführung des neuen HGB. um die Jahrhundertwende, dem § 61 KO. eine entsprechende neue Ziffer hinzuzufügen, wurde seinerzeit abgelehnt, nachdem sich auf Grund statistischer Erhebungen herausgestellt hatte, daß eine Benachteiligung von Handelsagenten durch Konkurse vertretener Häuser in nennenswertem Maße nicht erfolgt war (vgl. zur Vorkriegsgeschichte Albrecht-Tentler a. a. O. S. 182/83 Anm. 5). Dieses

Ergebnis sprach zweifellos für die damalige Prosperität, aber nicht gegen die Notwendigkeit der Einführung eines Konkursvorrechtes für Handelsagenten schlechthin. Nach dem Kriege wurde daher der Gedanke auch wieder aufgegriffen. So hat sich die Berliner Industrie- und Handelskammer in einer an den Landesausschuß der preußischen Handelskammern gerichteten Eingabe v. 24. April 1922 dafür eingesetzt, daß gemäß dem Vorschlage des Zentralverbandes Deutscher Handelsvertreter-Vereine die Bevorrechtigung unter § 61 Ziff. 4 KO. eingefügt wird. Daß im Jahre 1922 auf diese Eingabe nichts erfolgte, beruhte im wesentlichen auf den abnormen Verhältnissen der Inflation und der durch sie in gewissem Sinne hervorgerufenen Scheinblüte. Im Jahre 1926 ist dann noch einmal bei der Reichsregierung der Antrag auf Einführung eines Konkursvorzugsrechts für die Handelsagenten gestellt worden (Schaefer-Somborn, Die Rechte und Pflichten der Handelsvertreter und Mäkler, 1933, S. 45). Auch darauf ist nichts erfolgt. Die inzwischen eingetretene Entwicklung der Wirtschaftslage hat die Dringlichkeit der Forderung heute unzweifelhaft erhöht. Denn in den vergangenen Jahren sind zahlreiche Handelsvertreterexistenzen dadurch vernichtet worden, daß die Handelsvertreter durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen vertretener Firmen ihre verdiente Provision sowie die Auslagen, die sie für die vertretenen Firmen gemacht hatten und machen mußten, völlig verloren. Daß heute der Handelsvertreterberuf sich in einer Notlage größten Ausmaßes befindet, ist nicht zuletzt auf diese Auswirkungen des fehlenden Konkursvorrechtes zurückzuführen.

Soweit ein Agent sich tatsächlich einem einzigen Geschäftsherrn dergestalt „verdingt", daß er nicht mehr als selbständiger Kaufmann anzusprechen ist — wie dies in vielen Geschäftszweigen, insbes. im Versicherungsgewerbe, heute mehr als je geschieht —, wird man ihm freilich heute bereits ein Vorrecht für seine Provisionsforderungen auf Grund von § 61 Ziff. 1 KO. zubilligen können und müssen. So führt Jäger a. a. O. Anm. 14a zu § 61, zu diesem Problem aus: „... Es begründen aber auch Dienstverträge, wie sie in Wahrheit selbständige Kaufleute als Handlungsagenten oder als Provisionsreisende abschließen, kein Abhängigkeitsverhältnis i. S. unserer Nr. 1, wenngleich nicht zu leugnen ist, daß sie ‚für das Handelsgewerbe eines anderen' arbeiten (§ 84 HGB.). Sie ermangeln des Vorrechts auch dann, wenn sie nur für das Unternehmen des Gemeinschuldners tätig geworden sind und ihm ihre ganze Kraft gewidmet haben. Wer sich diesem Unternehmen mit Aufopferung aller Selbständigkeit eingeordnet hat, ist im Rechtssinne gar kein Agent, auch wenn er nach außen wie ein solcher auftritt ..." (so auch Schaefer-Somborn a. a. O. S. 46). Erwähnung verdient, daß die ältere, jetzt allgemein abgelehnte Lehre dem Handelsagenten, zumindest für den Fall hauptsächlicher Inanspruchnahme durch das Dienstverhältnis, ein Konkursvorrecht auf Grund von § 61 Ziff. 1 KO. gewähren wollte (Jäger a. a. O.).

Festzuhalten ist jedenfalls, daß die Masse der echten, selbständigen Handelsvertreter de lege lata nicht unter die Bevorrechtigung des § 61 Ziff. 1 KO. fällt. Gegen die Einführung des Konkursvorrechtes für diese Vertreter wird häufig eingewandt, daß dadurch die rechtliche Stellung des Handelsvertreters als eines selbständigen Kaufmanns verwischt werden könnte (so Rasch, Konkursvorrecht für Handlungsagenten? in Mitteilungen der Industrie- und Handelskammer Berlin, 1933, S. 954 ff.). Dies Argument ist jedoch nicht durchschlagend.

Der Handelsvertreter hat als selbständiger Kaufmann sicherlich auch das größere Risiko des Selbständigen zu tragen. Es handelt sich hier aber nicht darum, daß dieses Risiko in nicht zu rechtfertigender Weise verkleinert werden soll, sondern lediglich darum, daß ein Ausgleich dafür erstrebt wird, daß der Handelsvertreter durch die Vorschriften des HGB. gegenüber den anderen selbständigen Kaufleuten gerade in den für die Gewährung des Konkursvorrechtes maßgebenden Beziehungen wesentlich schlechter gestellt ist.

Der Handelsvertreter ist im Gegensatz zu allen anderen Gläubigern nicht in der Lage, seine Forderung zu sichern. Denn während der Handelsvertreter seine Provision an sich verdient hat mit der Vermittlung des Auftrages, schreibt § 88 Abs. 4 HGB. vor, daß über die zu zahlende Provision erst am Schlusse eines jeden Kalenderhalbjahres abzurechnen ist. Wenn es auch Fälle gibt, in denen die Provisionsabrechnung in kürzeren Zeiträumen erfolgt, so ist doch die halbjährliche Abrechnung noch in ausgedehntem Maße in Übung und vor allen Dingen Gesetz.

Das Gesetz verurteilt somit den Handelsvertreter dazu, zwangsweise einen Kredit, und zwar zunächst bis auf die Dauer eines halben Jahres, zu gewähren. Tritt innerhalb dieser Frist eine Verschlechterung in den Verhältnissen des vertretenen Hauses ein, die es jedem anderen Gläubiger angezeigt erscheinen läßt, auf Einziehung seiner Außenstände bedacht zu sein, so muß der Handelsvertreter mit gebundenen Händen zusehen, wie andere sich nach Möglichkeit sichern und damit seine Rechtsstellung unabsichtlich noch weiter verschlechtern.

Die Sachlage gestaltet sich aber für den Handelsvertreter weiterhin noch ungünstiger auf Grund fernerer besonderer Gesetzesbestimmungen. Der Handelsvertreter erhält seine Provision in der Regel für die Vermittlung von Aufträgen. Hat er seine Vermittlungstätigkeit ausgeübt, einen Auftrag hereingebracht, so hat er in der Hauptsache die ihm obliegende Arbeit geleistet und sinngemäß seine Provision verdient. Das Gesetz erklärt demgegenüber, daß das Geschäft auch zur Ausführung gelangt sein muß, damit dem Vertreter die Provision zukomme (§ 88 Abs. 1 HGB.; s. o. unter I). Hiermit ist wieder ein gewisser Zeitverlust verbunden, innerhalb dessen eine Vermögensverschlechterung bei dem vertretenen Hause eingetreten sein kann, an die vorher gar nicht zu denken war. Ferner schreibt § 88 Abs. 1 HGB. vor, daß für den Verkaufsvertreter der Anspruch auf die Provision sogar erst nach dem Eingang der Zahlung erworben wird. Dadurch ist eine weitere Vergrößerung des Zeitabstandes zwischen der Vermittlungstätigkeit und der Erlangung des Provisionsanspruches bedingt.

Fällt also die Zahlung in den Anfang eines Kalenderhalbjahres, ist sie andererseits, wie in den letzten Jahren gewöhnlich, auch erst geraume Zeit nach Lieferung eingegangen, und hat sich außerdem auch schon die Lieferung seitens des vertretenen Hauses in die Länge gezogen, so kann es vorkommen — und es kommt sehr oft vor —, daß der Handelsvertreter ohne jedes Verschulden anderthalb bis zwei Jahre, nachdem er seine Tätigkeit ausgeübt hat, den Anspruch auf die Provisionszahlung überhaupt erst erwirbt. Während dieses Zeitraums sind aber oft, wie die Erfahrung lehrt, die schwerwiegendsten Veränderungen in der Vermögenslage der vertretenen Firma eingetreten. Der Handelsvertreter kann demgegenüber nichts unternehmen; er kann nicht Vorsicht üben, er muß warten, bis seine Ansprüche ganz oder doch zum Teil verloren sind. Dies ist das äußerst unbefriedigende Ergebnis der bestehenden Rechtslage.

Wenn das Gesetz auf der einen Seite den Handelsvertreter zum Kreditieren zwingt, müßte die logische Folge gerade umgekehrt die sein, daß dem Vertreter auf der anderen Seite auch der notwendige rechtliche Schutz zum Ausgleich dafür gewährt wird. Der beste Schutz dieser Art aber ist die Bevorrechtigung der Provisionsforderung im Konkurse.

Der Mangel einer solchen Bevorrechtigung ist für den Handelsvertreter um so fühlbarer, als er durch den Konkurs der vertretenen Firma nicht nur seine Provisionsforderung verliert, sondern auch die Vertretung. Er verliert also eine Erwerbsquelle, und in den Fällen, in denen ein Handelsvertreter, wie in der letzten Zeit vielfach, den Konkurs mehrerer vertretener Firmen erlebt, bedeutet der Konkurs dieser Firmen in aller Regel den Verlust einer in jahrzehntelanger Arbeit aufgebauten Existenz.

Wenn so die Bevorrechtigung der Provisionsforderung als dringende Notwendigkeit erscheint, so muß die Bevorrechtigung erst recht für die Ansprüche auf Ersatz der Auslagen gefordert werden. Auch hier zwingt das Gesetz den Handelsvertreter zum Kreditieren, denn er kann seine Auslagenforderung nur zusammen mit der Provisionsabrechnung geltend machen.

In diesem Zusammenhang sei auch darauf hingewiesen, daß einige ausländische Rechte die Bevorrechtigung der Provisions- und Auslagenforderungen für Handelsvertreter im Konkurse längst eingeführt haben; so zählt § 51 Ziff. 2 ÖsterrKO. unter den bevorrechtigten „Dienstnehmern" ausdrücklich die Handlungsagenten auf, unter Beschränkung des Ersatzes der Barauslagen auf 2400 Schilling. Entsprechendes gilt im englischen Recht, in Jugoslawien und in der Tschechoslowakei (vgl. dazu auch Jäger a. a. O., Anm. 41 zu § 61).

Der Einwand schließlich, daß durch die Gewährung eines Vorrechtes an die Handlungsagenten die sonstigen, insbes. die dem gewerblichen Mittelstand angehörenden Gläubiger in ihren Ansprüchen geschmälert würden (Rasch a. a. O.), greift nicht durch. Denn es handelt sich hier stets nur um eine Provision, die wenige Prozente des Warenumsatzes beträgt und infolgedessen für die Höhe der den anderen Gläubigern zufallenden Quote niemals von Bedeutung sein kann. Die Erstattung der baren Auslagen, die der wirtschaftlich schwache Handelsvertreter für die vertretene Firma macht, auch im Konkurse rechtfertigt sich von selbst.

Nach alledem wäre bei Aufrollung des Problems einer Abänderung des § 61 KO. die Einführung eines Konkursvorrechtes für Handelsvertreter zu begrüßen (so auch Schaefer-Somborn a. a. O. S. 45 f.; Konrad Fischer, Das Recht des Handelsvertreters, 1934, S. 60).

IV.

Nach heutigem Recht kann also der Anspruch auf die bereits verdiente Provision grundsätzlich nur als einfache Konkursforderung geltend gemacht werden. Im Augenblick der Konkurseröffnung werden jedoch noch eine Reihe abgeschlossener, aber noch nicht ausgeführter Verträge vorliegen, die infolge des Konkurses nicht ausgeführt werden. Hier fragt es sich, was aus den Provisionsansprüchen des Agenten wird, die mit Abschluß bedingt entstanden (s. oben unter I) sind. Das gleiche gilt für Ansprüche auf Folgeprovisionen bei laufenden Verträgen, wie insbes. im Versicherungsgewerbe, die durch den Konkurs ihr Ende finden.

Als rechtliche Grundlage für alle derartigen Ansprüche kommt § 88 Abs. 2 HGB. in Betracht, der dem Vertreter Provision für Geschäfte zubilligt, die durch das Verhalten des Geschäftsherrn nicht zur Ausführung kommen. Durch das Handeln des Geschäftsherrn muß also die Ausführung des Geschäftes unterblieben sein. Dieses Handeln braucht nicht schuldhaft zu sein (vgl. Staub a. a. O., Anm. 10 zu § 88; Düringer-Hachenburg a. a. O., Anm. 13 zu § 88), muß aber auf freier Entschließung beruhen; außerhalb dieser liegende Ereignisse können den Ersatzanspruch nicht entstehen lassen. Daß das Verhalten des Geschäftsherrn nicht schuldhaft zu sein braucht, folgt schon aus dem Wortlaut des Gesetzes. Daß ferner die Nichtausführung aus einem freier Entschließung entstammenden Handeln des Geschäftsherrn herrühren muß, ergibt sich daraus, daß von einem „Verhalten" die Rede ist. § 88 Abs. 2 HGB. soll den Agenten gegen Willkürakte des Geschäftsherrn sichern.

Der Ausbruch des Konkurses stellt an sich ein von außen herantretendes Ereignis dar, das von Gesetzes wegen bestimmten Verträgen ein Ende macht. Aber mittelbar können dennoch die gesetzlich eintretenden Wirkungen einem Verhalten des Geschäftsherrn entspringen, wenn nämlich der Konkurs durch das Verhalten des Geschäftsherrn verursacht worden ist (vgl. RG. 63, 69 ff.; Kauffmann a. a. O. S. 35; Albrecht-Tentler a. a. O. S. 184; Jacusiel a. a. O. S. 125). Dies ist dann der Fall, wenn die Handlungen des Geschäftsherrn eine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit herbeizuführen geeignet waren, und wenn ein objektiver Betrachter in nachträglicher Voraussage feststellen kann, daß diese Handlungen Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung notwendig zur Folge haben mußten. Unter diesen Umständen also sind die Voraussetzungen des § 88 Abs. 2 HGB. gegeben; die Nichtausführung des Geschäftes ist durch ein Verhalten des Geschäftsherrn verursacht.

In der verursachenden Handlung des Geschäftsherrn muß jedoch hier im besonderen Falle stets ein Verschulden liegen, da es undenkbar ist, daß jemand ohne irgendwelches Verschulden den Konkurs seines Geschäftes aus freiem Entschluß herbeiführt (vgl. so auch Jaeger a. a. O., Anm. 6 zu § 23 KO.; Staub a. a. O., Anm. 12 zu § 92; Albrecht-Tentler a. a. O.; für Ansprüche auch ohne Verschulden Jacusiel a. a. O. S. 125 f.).

Da § 88 Abs. 2 HGB. eine Ausnahme von der Regel darstellt, daß Provisionen erst für ausgeführte Geschäfte zu zahlen sind, ist der sich auf ihn berufende Handlungsagent grundsätzlich für das Vorliegen der Voraussetzungen beweispflichtig. Es genügt dabei, wenn er das Verschulden des Geschäftsherrn nachweist. Beruft sich der Geschäftsherr darauf, daß die Gründe zur Nichtausführung in der Person des Dritten lägen, so muß er dies seinerseits beweisen (RG. 63, 71; Staub a. a. O., Anm. 7 zu § 88). Im übrigen muß der Agent im Prozeß konkrete Tatsachen behaupten, aus denen sich das Verschulden des Geschäftsherrn ergeben soll; eine allgemeine Bezugnahme auf die Konkursakten ohne positive Behauptungen reicht nicht aus (vgl. RG. 63, 69 ff.; Kauffmann a. a. O. S. 37; Albrecht-Tentler a. a. O.; Jacusiel a. a. O.).

Der Anspruch auf Ersatzprovision stellt sich, wie der Provisionsanspruch selbst, als einfache Konkursforderung dar.

V.

Die Agenturverträge, welche durch den Konkurs der vertretenen Firma vorzeitig beendet werden, sehen im allgemeinen eine längere Geltungsdauer vor. Mit ihrem Erlöschen auf Grund von § 23 KO. wird dem Agenten jedoch die Möglichkeit genommen, neue Geschäfte abzuschließen oder zu vermitteln und damit neue Provisionen zu verdienen. Dagegen hat er oft zwecks Ausübung seiner Vermittlungstätigkeit für den Gemeinschuldner auf eigene Kosten ein Büro eingerichtet, beschäftigt Angestellte usw. Es erhebt sich somit die Frage, ob der Agent wegen all des Schadens, der ihm infolge der Auflösung des Agenturvertrages durch den Konkurs entsteht, Ersatzansprüche gegen die Konkursmasse hat.

Kann zunächst der Vertreter Schadensersatzansprüche geltend machen wegen der durch den Konkurs entstandenen Unmöglichkeit, Provision zu verdienen?

Das RG. (RG. 63, 74; 82, 407) lehnt dies grundsätzlich ab. Es begründet seine Ansicht argumento e contrario: In den Fällen der §§ 19, 22 KO. gewährt die KO. dem anderen Teil ausdrücklich Schadensersatzansprüche gegen die Masse. Im § 23 dagegen ist von Schadensersatzansprüchen nichts erwähnt. Daraus müsse gefolgert werden, daß den Dienstverpflichteten, deren Vertragsverhältnis gem. § 23 KO. beendet werde, für den ihnen daraus erwachsenden Schaden keinerlei Ersatzansprüche zuständen. Das Gegenteil hätte im Gesetz besonders erklärt werden müssen. Diese Auffassung ist von zahlreichen Schriftstellern — bisher erfolglos — mit allen möglichen Begründungen angegriffen worden (vgl. Kauffmann a. a. O. S. 40 ff.; Albrecht-Tentler a. a. O. S. 184; Jacusiel S. 126). Auch Jaeger (Komm. zur KO., Anm. 6 zu § 23) stimmt dem RG. nicht darin bei, daß ein allgemeiner Schadensersatzanspruch in den Fällen, in denen gegenseitige Verträge durch den Konkurs eines Partners erlöschen, grundsätzlich von der KO. nicht gewährt werde. Seines Erachtens sprechen die §§ 22 Abs. 2, 27 KO. nicht gegen, sondern für das Bestehen eines allgemeinen Ersatzanspruchs. „Gegenschlüsse sind ebenso bequem wie gefährlich. Sie rechtfertigen sich nur, wo der bestimmte Wortlaut oder der zweifelfreie Zweck des Gesetzes auf eine ausschließende Gegensätzlichkeit hinweist." Einen solchen Fall hält Jaeger hier nicht für gegeben, da das so erzielte Ergebnis sich sogar als unbillig erweise. „Wenn schon die Kündigung, die dem Gegner die Frist zu anderweiter Ausnutzung seiner Kräfte offenhält, zu seinen Gunsten einen Schadensersatzanspruch auslöst, warum sollte der ihn viel härter treffende sofortige Vertragsabbruch auch das bloße Konkursgläubigerrecht auf Schadensersatz ausschließen?" Jaeger will dann mit der entsprechenden Anwendung des § 22 KO. helfen unter dem „Gesichtspunkt, daß die bei Kündigung des Verwalters dem Gegner gewährte Rücksichtnahme ihm im Falle unmittelbarer Vertragsaufhebung erst recht gebührt". Dieser Ansicht wird man unbedenklich beipflichten können. Insbes

hat der Agent damit stets Anspruch auf Ersatz des ihm durch die vorzeitige Vertragsauflösung erwachsenden Schadens, gleichgültig, ob der Konkurs vom Gemeinschuldner verschuldet ist oder nicht. Kauffmann (a. a. O. S. 41) wendet sich dagegen mit der Begründung, daß § 88 Abs. 2 HGB. — wie oben gesehen — dem Vertreter ja auch nur Ansprüche im Falle des Verschuldens des Gemeinschuldners am Konkurse gewähre; er will dem Agenten danach unter analoger Anwendung des § 628 Abs. 2 BGB. (Schadensersatzansprüche bei Kündigung, die durch vertragswidriges Verhalten des Kontrahenten provoziert wird) derartige Ansprüche nur bei Verschulden des Geschäftsherrn am Ruin des Geschäfts zubilligen (ähnlich Albrecht-Tentler a. a. O. S. 184 f.: § 325 BGB.). Dies erscheint nicht zwingend, vor allem, wenn man berücksichtigt, daß die — im übrigen auch nur eine einfache Konkursforderung gemäß § 26 Abs. 2 KO. darstellenden — Schadensersatzansprüche einen billigen Ausgleich für die dem Vertreter von der heutigen Rechtsordnung immer noch vorenthaltene Bevorrechtigung seiner Provisionsforderung im Konkurs bieten. Gerade weil der Vertreter nicht nur seine Forderung, sondern in aller Regel auch seine Existenzgrundlage verliert (s. oben unter III), ist die Berechtigung auf Schadensersatz in jedem Falle ein dringendes Erfordernis (wie hier auch Jacusiel a. a. O. S. 126).

Zu ersetzen ist der Schaden, der durch die vorzeitige Auflösung des Vertrages entstanden ist. Es ist also für die Berechnung davon auszugehen, wie der betroffene Vertreter dastehen würde, wenn die sofortige Auflösung des Agenturvertrages nicht erfolgt wäre (§ 249 BGB.). Dabei ist das dem Geschäftsherrn zustehende Kündigungsrecht, das entweder aus dem Vertrage oder aus § 92 HGB. folgt, zu beachten; denn man muß davon ausgehen, daß der Geschäftsherr das Dienstverhältnis zum frühest zulässigen Termin durch Kündigung gelöst haben würde. Grundsätzlich steht also dem Vertreter ein Anspruch gegen die Konkursmasse zu auf einen Betrag, der dem entspricht, was er an Provisionen normalerweise bis zu dem frühest zulässigen Kündigungstermin verdient hätte. Die gewöhnlichen Auslagen dagegen kann er nur dann ersetzt verlangen, wenn ihm Auslagenersatz vertraglich zusteht, da das Gesetz einen derartigen Ersatzanspruch nicht gibt. Es ist weiter zu berücksichtigen, daß der Vertreter sofort nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der vertretenen Firma andere Vertretungen übernehmen darf. Es muß dann von der Schadensforderung abgesetzt werden, was der Vertreter von der Konkurseröffnung an bis zum Kündigungstermin verdient hat — oder böswillig zu verdienen unterlassen hat (§ 254 BGB.) — und nicht verdient hätte, wenn das Unternehmen des Gemeinschuldners fortbestanden hätte.

Zum Beweise für die Höhe des Schadens wird gewöhnlich die Berufung auf den Durchschnittsverdienst der letzten Zeit vor Eröffnung des Konkurses ausreichen. Die Entscheidung dürfte auf eine Schätzung gemäß § 287 ZPO. hinauslaufen.

Entsprechend § 26 Abs. 2 KO. sind die Schadensersatzansprüche, wie schon erwähnt, einfache Konkursforderungen. Sie sind den Vorschriften des § 67 KO. unterworfen, „die sich zweifellos nicht nur auf rechtsgeschäftliche, sondern auch auf gesetzlich bedingte Ansprüche beziehen" (Jaeger, Anmerkung 19 zu § 22), berechtigen also zum Verlangen auf Sicherstellung.

VI.

Mit dem Ersatzprovisions- und dem Schadensersatzanspruch kann der Vertreter gegen etwaige Forderungen der Masse aufrechnen, da beide bereits vor Eröffnung des Konkurses bestanden, der erste bedingt, der zweite als im Erfüllungsanspruch enthalten (vgl. Jaeger, Anm. 9 zu § 54; Kauffmann a. a. O. S. 50). Weil die Schadensforderungen ihrerseits wiederum dadurch aufschiebend bedingt sind, daß noch nicht feststeht, ob der Vertreter anderweitig etwas verdient oder nicht, ist gemäß § 54 Abs. 3 KO. vorzugehen, wonach der Vertreter Sicherstellung insoweit verlangen kann, als die Forderung der von ihm einzuzahlenden Schuld gleichkommt.

Nach § 48 i. Verb. m. § 49 KO. können Gläubiger, die an einem zur Konkursmasse gehörenden Gegenstand ein Rückbehaltungsrecht haben, abgesonderte Befriedigung aus den von ihnen zurückbehaltenen Gegenständen verlangen. Danach können Handlungsagenten gemäß § 49 Ziff. 4 KO. abgesonderte Befriedigung aus etwa von ihnen zurückbehaltenen Gegenständen beanspruchen, an denen ihnen gemäß § 369 HGB. ein Zurückbehaltungsrecht zustand.

Der Anspruch schließlich auf Abrechnung auf Grund des Agenturvertrages stellt keine Konkursforderung dar, da er sich lediglich gegen den Gemeinschuldner persönlich richtet (Jaeger, Anm. 10 zu § 23); der unter Umständen bestehende Anspruch auf Bucheinsicht (s. oben unter I a. E.) dagegen wird Masseschuldanspruch, sobald der Konkursverwalter die Bücher in Besitz nimmt (Jaeger a. a. O.), da die Geschäftsbücher zur Konkursmasse zählen. Das Verfahren regelt sich in diesem Falle gemäß § 11 KO.

Das Ordnungsprinzip des Wirtschaftssystems des deutschen Sozialismus

Zur Frage des neuen Wettbewerbsrechts

Von Privatdozent Dr. Oskar Klug, Berlin

1. Das alte Wettbewerbsrecht

Erinnert man sich an die Methoden der Wirtschaftsführung in Haushalt, Unternehmung und Staat vor dem nationalsozialistischen Umsturz in Deutschland, so vermißt man überall die einheitliche Zielrichtung im Hinblick auf den bestmöglichen Erfolg der Gesamtwirtschaft. Das war bei konsequenter Verfolgung der liberalistischen oder marxistisch-sozialistischen Interessen auch nicht anders möglich, sind sie doch letzten Endes a-national, a-staatlich orientiert und müssen es auch sein — entweder im Glauben an die wirtschaftliche Harmonie, also zunächst ohne jede politische und ethische Wertung, oder in ihrer Klassenkampfeinstellung als Mittel zur Erreichung des marxistisch-sozialistischen Zieles. Dementsprechend ist auch die Wirtschaftsrechtsprechung gewesen. In Sachen des Wirtschaftsrechts, der Wirtschaftspolitik und der reinen Politik in ihrer direkten oder indirekten Beziehung zur Wirtschaftsführung und Wirtschaftsgestaltung fehlte es an der grundsätzlichen Stellungnahme. Ein Blick in die Literatur und Gesetzgebung trifft nur verhältnismäßig wenige grundlegende, systemgerechte, von einem umfassenden Gesichtspunkt aus verfaßte Schriften und Gesetze.

Sehen wir genauer hin, denn dann und mit dem heutigen Abstand von der liberal-marxistisch-sozialistischen Epoche sind wir noch besser in der Lage, ein wirklich zwingendes deutsches Recht zu schaffen. Ist doch gerade das Wettbewerbsrecht, das uns hier interessieren soll, eines der umstrittensten Rechtsgebiete.

Der Inhalt des Wettbewerbsrechtes ist bedingt durch die Auffassung, die man von der Wirtschaft hat. Die hervorstechendsten und praktisch maßgebenden Auffassungen vor dem nationalsozialistischen Umbruch in Deutschland waren die des liberalen Kapitalismus und des marxistischen Sozialismus, bei dem man die wenig beachtete Unterscheidung zwischen dem marxistischen Sozialismus älterer, herrschender und dem neuerer Auffassung machen muß. Für die Anhänger des liberalen Kapitalismus gilt es, den freien Wettbewerb als das Ordnungsprinzip der Wirtschaft durch die Rechtssatzung zu sanktionieren, die seine ungehinderte Entfaltung gewährleistet.

Wenn also freie Konkurrenz herrschen solle, so müsse das Recht die Bedingungen hierfür schaffen, und zwar im Sinne der „Optimalleistung", nicht der „Maximalleistung". Kurz gesagt, das Recht habe die Aufgabe, den die Verkehrswirtschaft begründenden Egoismus nicht aus den Menschen auszurotten, sondern nur, ihn richtig zu leiten und namentlich seine Ausartungen zu beseitigen, und damit weist man dann auf die Weimarische Reichsverfassung Art. 153, 2 hin, in dem der Gebrauch des Eigentums zugleich zum Dienst für das gemeine Beste erklärt wird, und auf Art. 151: „Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit zu sichern". Das ist ein sehr schön klingender Satz und ein frommer Wunsch. Um schöne Sätze waren die Liberalisten ja nie verlegen gewesen, mit denen sie denen schmeichelten, die um eine möglichst harmonische Gestaltung des menschlichen Zusammenlebens bemüht waren. Aber bei diesen schönen Aussprüchen blieb es auch, denn man gab nicht das Wie? ihrer Verwirklichung an.

Wenn das Leben so einfach wäre, daß man es in die einzelnen Tätigkeitsbereiche der Menschen aufteilen und somit das Wirtschaften völlig unabhängig von den anderen Motiven und Handlungen beurteilen könnte, so läge gar nichts im Wege, daß sich alle Menschen zum wirtschaftlichen Liberalismus in seiner klassischen Reinheit bekennen würden. Denn dann würden sich die Menschen lediglich von den nackten Nutzen- und Kostenvergleichungen, der bestmöglichen Ertragserzielung, leiten lassen und es würde sich eine gesamtweltwirtschaftliche Arbeitsteilung ergeben, als wenn sie bis ins einzelne vorausbedacht worden wäre. Auch kann man nicht behaupten und beweisen, das das agens alles sozialen Geschehens die materiellen Interessen der Menschen oder die Produktionsverhältnisse sind, wie die marxistische, materialistische Geschichtsauffassung annimmt. Richtig dagegen ist, daß sich im liberalen Kapitalismus die materiellen Interessen zu der gleichsam naturgesetzlichen Kapitaldynamik verdichten, aus der dann die Verkehrung alles Marktwirtschaftens in eine Selbstzweckhandlung, der kapitalwirtschaftlich bedingte Imperialismus der Staaten, ihre Kriege und die Klassenspaltung in ihren Völkern — als ganz erklärliche Folgeerscheinung der staatslosen Orientierung des Kapitalinteresses — entstehen.

Die Wirklichkeit sieht gewaltig anders aus als sie sich die Anhänger des liberalen Kapitalismus ausmalen. Zahlreiche Motive von verschiedener Wucht beeinflussen das menschliche Handeln. Zahlreiche Ziele setzen sich die einzelnen Staaten, in denen wiederum die verschiedensten Interessengruppen gegeneinander kämpfen und die Staatsmaschinerie für ihre Bestrebungen auszubeuten trachten. Im staatslosen, liberalen Kapitalismus gibt es keine einheitliche Zielsetzung der Menschen, in ihm geht alles durcheinander, da es keine Macht geben kann, die das liberale kapitalistische Wirtschaften, das politische Handeln, die kulturellen und zivilisatorischen Bestrebungen der Völker nach einheitlichen Grundsätzen zu regeln und diese anerkannte Rechtssatzung zu verteidigen vermag.

Die weisen, „wirklichkeitsnahen" Aussprüche der Liberalen sind aber auch ein frommer Wunsch, wenn man das chaotische Gesetzgebungswerk des liberalen Kapitalismus betrachtet. Dabei ist wieder zu bedenken, daß sich um die Schaffung des Gesetzgebungswerks bisher eigentlich nur reine Juristen bemühten. Es fehlte völlig an einer Synthese von Wirtschaft und Recht. Wenn man an die sinnvolle Abstimmung des Wettbewerbsrechtes auf den Wettbewerb freier Wirtschafter herangehen will, so muß man selbstverständlich darauf achten, daß das Wettbewerbsrecht nicht nur auf dem Papier steht, indem man seine Auswirkungen durch andere Rechtssatzungen einfach durchkreuzt oder unmöglich macht. Das war aber tatsächlich der Fall. Welche rechtlichen Spezialgebiete wir auch herausgreifen, es fehlte an einer gleichsam organischen Abstimmung im Sinne einer möglichst reibungslosen Wettbewerbswirtschaft. Das war einmal deswegen nicht verwunderlich, weil den meisten der Überblick fehlte, weil es keine einheitliche Auffassung von dem dem deutschen Volke am besten angepaßten Wirtschaftsbau gab und ein sinnloser Interessenkampf das Gesetzgebungswerk von vornherein zu einem Konglomerat von Rechtssatzungen machte. Vor allem war es aber deswegen nicht verwunderlich, weil es im staatslosen, liberalen Kapitalismus gar keine Kontrolle darüber geben konnte, was nun wirklich noch als freier Wettbewerb zu gelten hatte und was nicht. Und wenn man zum letzteren Schluß gekommen war, hatte man nicht die Macht, dem Wettbewerbsrecht Gültigkeit zu verschaffen.

Die Verfechter des marxistischen Sozialismus herrschender Auffassung, des sog. Verteilungssozialismus, negierten die Gültigkeit des Wettbewerbs überhaupt und damit gab es für sie auch keinen Streit über die Ausgestaltung des Wettbewerbsrechts. Es mußte ihnen darauf ankommen, „einen neuen Regulator" zu finden, der die Funktion des weggefallenen Regulators der freien Konkurrenz in wirksamer Weise übernehmen konnte. Die Vertreter des marxistischen Sozialismus sahen in dieser Beziehung also funktional, nicht liberal-individualistisch, und das war von ihrem Standpunkt aus unbedingt richtig. Ob sie auch praktisch so handeln konnten, ist allerdings eine andere Frage. Die marxistischen Sozialisten konnten allenfalls die die Ansätze der marxistisch-sozialistischen Gemeinwirtschaft regelnden Satzungen in dem noch herrschenden liberalen Wirtschaftssystem interessieren, also das Recht, mittels dessen der Staat den aus der Kriegswirtschaft stammenden gemein- oder planwirtschaftlichen Sektor innerhalb der liberal-kapitalistischen Verkehrswirtschaft und in Zukunft die ganze Gemeinwirtschaft meistert. Ausgangspunkt waren für sie das Sozialisierungsgesetz und die Reichsverfassung Art. 156 und 165 (vgl. die Regelung der Kohlen-, Kali-, Schwefelsäure- und Eisenwirtschaft, die Bestimmungen über die Wirtschaftsbehörden der Staats- und Selbstverwaltung und Wirtschaftsgerichte, Reichswirtschaftsgericht mit Unterabteilung: Kartellgericht, Wirtschaftsräte).

Man denke auch an das vermeintlich staatswirtschaftlich orientierte Bodenrecht (Miet-, Pacht-, Siedlungsrecht), ferner an die wirtschaftliche Seite des Verwaltungs-, Steuer-, Völkerrechts (Recht der Handels- und Wirtschaftsverträge), an das Wirtschaftsstrafrecht, Arbeitsrecht, an die stark öffentlichrechtlichen Charakter tragenden Sondermaterien des Verkehrsrechts, des Landwirtschaftsrechts, Forst-, Wasser-, Fischerei- und Bergrechts.

Bei dem marxistischen Sozialismus neuester Auffassung liegt die Frage des Wettbewerbsrechts insofern anders, als er zwar auch das Eigentum an den Produktionsmitteln aufheben, aber den Wettbewerb zwischen den einzelnen, von staatlichen Funktionären geleiteten staatlichen Betrieben aufrechterhalten wissen will. Wie dieser Wettbewerb nun zu einem fairen Leistungswettbewerb werden kann, wenn man eben nicht die theoretische Voraussetzung des homo oeconomicus billigen kann, haben die Vertreter des marxistischen Sozialismus neuerer Auffassung bisher nicht nachgewiesen. Für uns genügt die Feststellung, daß die Einführung des marxistischen Sozialismus neuerer Auffassung allein schon vom wirtschaftlichen Standpunkt aus für das deutsche Volk unmöglich ist. Immerhin ist es unbedingt erforderlich, andere Ansichten über die zweckmäßigste Lebensform zu kennen, um den grundlegenden Neubau der deutschen Staats-, Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung möglichst zwingend aufzuführen.

Unter dem Eindruck der vor allem für Deutschland überholten Theorie des Liberalismus und des marxistischen Sozialismus und der Krise sind Autoren bemüht, das klassische Wettbewerbsrecht zu modifizieren. Sie sagen: der Wettbewerb hat nicht versagt, weil die menschliche Natur ihm doch nicht entspricht und so dem Ganzen Schaden zuwächst. Nein, es gab keinen wahren, fairen Wettbewerb und kein ihm entsprechendes Wettbewerbsrecht, weil es kein an einem einheitlichen Gesichtspunkt orientiertes Gesetzgebungswerk gab, das den fairen Leistungswettbewerb erst ermöglichte und jeden monopolistischen Störungsversuch gar nicht erst aufkommen ließ. Es muß ein Gesetzesbau geschaffen werden, der eine herrschaftsfreie Sozialordnung sichert, in der ein fairer Marktkampf von selbstherrlichen Wirtschaftssubjekten gewährleistet wird, von denen jeder einzelne relativ bedeutungslos, ohne einen wirklich merkbaren Einfluß auf die Gesamtwirtschaft und von jeder Verantwortung für die anderen Marktbeteiligten und die Gesamtwirtschaft unbedingt befreit ist. Eine solche

Sozialordnung gewährleiste am besten das Ausleseprinzip auf dem persönlichen Leistungs- und Warenmarkt, so gelte es, die Rechtssatzung zu schaffen, die die Durchsetzung dieser Kampfregel unnachsichtlich verwirklicht. Dieses Ausleseprinzip sei eben bisher gar nicht zur Anwendung gekommen. Es ist durch den Monopolkampf, der immer als Nichtleistungskampf anzusehen sei, durchbrochen worden. Daß das möglich gewesen ist, sei lediglich auf das Fehlen eines eindeutigen, von einem einheitlichen Gesichtspunkt ausgehenden Wettbewerbsrechts innerhalb der herrschaftsfreien Sozialordnung zurückzuführen.

Es komme also auf die Schaffung einer wirklich freien Verkehrswirtschaft von an sich bedeutungslosen, vollkommen freien, selbstverantwortlichen, „normalen" Wirtschaftssubjekten an, die nur mittelbar durch den Staat und das Recht geregelt werde, soweit das außerstaatliche Ordnungsprinzip, der faire Leistungskampf, versage.

Im Gegensatz zu der letzten Endes wenig konsequenten vergangenen Wirtschaftsrechtsprechung, ihrer Grundsatzlosigkeit, möchten diese Autoren das gesamte in den Wirtschaftsbereich einschlagende Recht von dem zentralen Gesichtspunkt des primären Ordnungsprinzips, des fairen Leistungswettbewerbs, aus neu gestalten. Der Staat müsse jeden privaten Eingriff in dieses Leistungs- und Auslesesystem verhindern, um einen durchaus systemhaften Rechtsbau zu gewährleisten. Dazu gehöre die unbedingte Verurteilung jedes Monopolisierungsversuches und Monopolkampfes, gleichgültig, ob von ewiger oder nur vorübergehender Dauer, und unter möglichst weiter Fassung des Monopolbegriffs.

Nicht ein Ordnungsprinzip, der faire Leistungskampf, sondern ein Gemisch von Ordnungsprinzipien habe bisher geherrscht. Es gehe nicht an, daß die Wirtschaftssubjekte und ihre Organisationsformen mit zweierlei Maß gemessen werden. Die Wirtschaftsrechtsverfassung müsse aus einem Guß sein. Nur so sei die staatliche Kontrolle der Einhaltung der Kampfregeln seitens der Partner möglich. Ein Anhaltspunkt für diese Kontrolle sei eben der Tatbestand, der anzeige, ob der Konkurrent im fairen Leistungskampf überflügelt oder durch die bekannten monopolistischen oder quasi-monopolistischen Maßnahmen vernichtet oder an das Monopol oder Quasi-Monopol gebunden werden solle.

Diese Menschen antworten auf die Frage nach dem Ordnungsprinzip des Wirtschaftssystems des deutschen Sozialismus und dem entsprechenden Wettbewerbsrecht vielfach folgendermaßen: Der Wettbewerb der einzelnen privaten Wirtschaftssubjekte mit ihrem Eigentum an Konsum- und Produktionsmitteln ist seit uralter Zeit das Ordnungsprinzip einer auf freier Bedürfnisbefriedigungswahl basierenden Wirtschaft gewesen und wird es auch bleiben. Nur wird er in Zukunft — im Gegensatz zum staatslosen Liberalismus und marxistischen Sozialismus — an den Gemeinschaftsinteressen des national geeinten Volkes orientiert sein! Diese Ansicht bleibt so lange ein frommer Wunsch, als nicht zwingend aufgezeigt wird, wie ein solcher Wettbewerb möglich ist. Meistens ist nämlich doch hinter diesen Äußerungen die Vorstellung des „normalen" Wettbewerbs versteckt, die Idee einer Wirtschaftsordnung, die dem guten braven Durchschnittsbürger angepaßt ist, dessen Fähigkeiten über eine bestimmte Wettbewerbsstärke nicht hinausgehen. Sie liebäugeln doch immer wieder mit der Theorie des homo oeconomicus, nach der jeder und die Gesamtwirtschaft im Zuge der ungehinderten Wettbewerbslust schon zu seinem Ziele, seinen Rechten kommen wird. Allenfalls verbrämt man das Bild mit der Hervorhebung des alten Hanseatengeistes, den man auch in die Provinz verpflanzen möchte. Seine Auffassung von Sitte und Recht, von Selbständigkeitsdrang und Ziel, von Eigen- und Gemeinschaftsinteresse soll einen fairen Wettbewerb verbürgen.

Das ist alles ganz schön, wenn die entsprechend persönlichen und sachlichen Voraussetzungen zu einer solchen herrschaftsfreien Sozialordnung vorhanden wären, und wenn man das Problem „Wirtschaft" wirklich so betrachten könnte, wie es von den Anhängern des klassischen Liberalismus, des marxistischen Sozialismus herrschender und neuerer Auffassung oder von denen des modifizierten klassischen Liberalismus angesehen wurde und wird.

2. Das Wettbewerbsrecht des deutschen Sozialismus

Will man zu der Frage des für ein Volk gerechtesten und zweckmäßigsten Wirtschaftssystems und seiner entsprechenden Rechtsverfassung Stellung nehmen, so muß man von dem Ausgangspunkt alles Wirtschaftens, der besonders gearteten Bedürfnisskala des Volkes, ausgehen. Die Art ihrer Differenziertheit und die Größe und Zusammensetzung der Bevölkerung nach Alter, Leistungsfähigkeit, Berufen und die Einstellung der einzelnen zum Sinn der Arbeit an sich sind letzten Endes bestimmend für die jeweils zweckmäßigste und gerechteste Organisation der Gesamtwirtschaft. Das heißt also, es entspricht nicht der Wirklichkeit und dem Verlangen nach größtmöglicher, und zwar eigenwilliger Befriedigung der frei auftretenden Bedürfnisse, wenn man von der Vorstellung des homo oeconomicus ausgeht und nun versucht, ein möglichst rationales Wirtschaftsgebäude aufzubauen, wie es der klassische Liberalismus und der marxistische Sozialismus taten. Diese methodische Vereinfachung mußte selbstverständlich zur Vergewaltigung der Vielgestaltigkeit und Sinngebung des Lebens führen. Man kann nicht einfach von einem Wunschbild ausgehen, sondern muß die der Bedarfsdifferenzierung und -dringlichkeit entsprechend erforderliche Technik und Organisation der Produktion und Verteilung einerseits und die Auffassung vom Sinn der Arbeit an sich in Rücksicht ziehen. Dann ergibt sich, daß man nicht allgemeingültig zu der Frage: ob Klein-, Mittel- oder Großbetrieb, ob Klein-, Mittel- oder Großunternehmung Stellung nehmen kann. Man muß zwischen Wettbewerb und Wettbewerb, also zwischen Leistungswettbewerb und Leistungswettbewerb, einen Unterschied machen, man kann nicht einfach von der Vorstellung einer „normalen" Wettbewerbswirtschaft ausgehen.

Wenn sich nun aus bedarfsnotwendigen Gründen z. B. eine Großunternehmung und mehrere Kleinunternehmungen im Wettbewerb gegenüberstehen, so ist dieser Wettbewerb ein ganz anderer als der ungefähr gleich großer und gleich starker Unternehmungen, wie er der Auffassung vom „normalen" Wettbewerb vorschwebt. Die einseitige Hervorkehrung des „normalen" Wettbewerbes ist ebensowenig möglich wie die einseitige Bevorzugung von Kartellen bei einem notwendigen Zusammenschluß.

Wenn der Wettbewerb Ordnungsprinzip der Wirtschaft sein soll, so muß man den Leistungswettbewerb als einen Wettbewerb von verschieden qualifizierten Wirtschaftssubjekten und Unternehmungen ansehen, der deshalb nicht unfair zu sein braucht, wenn auch im liberalen staatslosen Kapitalismus wohl meistens ist, und der letzten Endes notwendigerweise zum Monopol hinstrebt, aber eine solche Stellung und Auswirkung nicht erreichen muß. Danach erscheint oftmals der Leistungswettbewerb als „unlauterer Wettbewerb", obgleich er der Wettbewerb einer ganz besonders hervorragenden Persönlichkeit gegen mehr oder weniger Stümper ist. Obgleich es in der vergangenen Zeit, in der ohne Rücksicht auf die spezifisch deutschen Belange Liberalismus und marxistischer Sozialismus auch auf den nationalökonomischen Kathedern der Hochschulen Trumpf waren, viel Widerstand kostete, habe auch ich mich bemüht, immer wieder in grundsätzlichen Ausführungen gegen die für Deutschland völlig verfehlte Auffassung vom liberalistischen Wettbewerb und von der marxistisch-sozialistischen Organisation der Produktion und Verteilung Stellung zu nehmen. Das bedingte nicht nur die Anerkennung der Verschiedenartigkeit der Veranlagung und Zielsetzung der Wirtschaftssubjekte und der sich daraus ergebenden Vielfalt der Wettbewerbskonstellationen, sondern eine völlig neue Schau des Problems „Wirtschaften", das nicht nur an dem äußeren Gütermechanismus orientiert ist. Erst die möglichst weite, aber stichhaltige Problemschau ermöglicht die wahrheitsgetreue Erfassung des sozialwirtschaftlichen Ablaufes und das Fallenlassen lebensfremder Konstruktionen, an denen sich das praktische Handeln nur falsch orientiert.

Wenn man nun zu der Frage der relativ gerechtesten und zweckmäßigsten Organisation der deutschen Wirtschaft und ihrer rechtmäßigen Verankerung Stellung nehmen will, so darf man nicht voreingenommen irgendein Ordnungs-

prinzip an den Wirtschaftsablauf herantragen. Ob das Ordnungsprinzip durch noch so viele Rechtssatzungen festgelegt ist, interessiert dabei zunächst gar nicht. Soll die Wirtschaft durch die zur Wirtschaftsführung Berechtigten und nicht durch den Staat — wie es eben der Wirtschaftsauffassung des deutschen Sozialismus entspricht, im Hinblick auf die Bedarfsdifferenzierung und -dringlichkeit des deutschen Volkes und seiner weltwirtschaftlichen Belange — organisiert und geleitet werden, so ergibt sich, daß der faire Leistungswettbewerb sog. Normalfiguren nicht Ordnungsprinzip der Gesamtwirtschaft sein kann, sondern der faire Leistungswettbewerb ganz verschieden veranlagter Wirtschaftssubjekte mit oft letzten Endes ganz verschiedenen Zielsetzungen. Vom privat- und gesamtwirtschaftlichen Standpunkt aus gesehen, ist es unmöglich, einem Unternehmer von überragenden Fähigkeiten und großem Weitblick, von starkem Gemeinschaftssinn zuzumuten, sich an dem den Erwerbszweig und die Gesamtwirtschaft weniger überblickenden Verhalten relativ kleiner Stümper seiner Branche zu orientieren oder ihn zum Beitritt zu ihrer Interessengemeinschaft zu bewegen. Man darf nicht in den Fehler verfallen, die Durchbrechung des Wettbewerbs isoliert kämpfender Unternehmungen durch unternehmungsweise Zusammenschlußformen der verschiedensten Art: Kartelle, Interessengemeinschaften, Konzerne, Trusts, Genossenschaften, Fusionen mit dem Monopol ohne weiteres gleichzusetzen und die möglichen monopolistischen Auswirkungen lediglich vom liberalkapitalistischen Standpunkt aus zu betrachten. Im liberalen Kapitalismus müssen allerdings die Monopole rigoros vorgehen, weil sie nicht allein mit der heimischen Wirtschaft, sondern auch mit den Widersachern des Weltmarktes zu kämpfen haben. Überdies sind die Monopolleiter in der Regel gar nicht in der Lage, die ungeheure Vielfalt der ihr Monopol tangierenden wirtschaftlichen und politischen Faktoren zu überblicken.

Der deutsche Sozialismus geht von dem Standpunkt aus, daß Aufgabe der Volkswirtschaft die Bedarfsdeckung des deutschen Volkes und nicht eine möglichst hohe Rentabilität für das Leihkapital zu erzielen ist. Und zwar soll im Rahmen einer allgemeinen Arbeitspflicht und unter grundsätzlicher Anerkennung des Privateigentums an sich und an den Produktionsmitteln jedem Deutschen freie Erwerbsmöglichkeit und freie Verfügung über seinen Arbeitsertrag zustehen. Das Wirtschaftssystem des deutschen Sozialismus ist eine planvolle Wirtschaft, die aber nichts mit einer zentralistisch geleiteten staatlichen Planwirtschaft zu tun hat. Es wird also den soziologischen und wirtschaftlichen Voraussetzungen im deutschen Volke und seinem Lebensraum Rechnung getragen, wenn man die für es allein maßgeblichen rechtlichen Bedingungen beibehält und an jeden in Deutschland Berufstätigen den Maßstab des Leistungsprinzips anlegt. Selbstverständlich ist dabei zu bedenken, daß man dann auch für die bessere Durchsetzung dieses Prinzips zu sorgen hat, indem man die Rechtsverfassung dahin abändert, daß Eigentum und Fähigkeit zu seiner Verwertung im eigenen und Gemeinschaftsinteresse besser zusammenfallen als es bisher der Fall gewesen ist. Das Eigentum ist also nicht mehr egozentrisch-absolut zu fassen und zu verwerten, es ist gleichsam als Lehen seitens der deutschen Volksgemeinschaft im Interesse des Eigentümers und der Volksgesamtheit zu betrachten. Das bedeutet nicht Enteignung des Privateigentums, sondern lediglich die Verwertung des Eigentumsrechts unter Berücksichtigung des deutschen Volksgesamtheitsrechts, was allerdings besagt, daß der autoritäre Staat die Möglichkeit und das Recht besitzt, dann in die Eigentumsverwertung einzugreifen, gegebenenfalls das Eigentum zu enteignen, wenn es zum Schaden der deutschen Volksgesamtheit verwaltet wird. Der erste Ansatzpunkt zur Begründung eines neuen Eigentumsrechts ist im deutschen Bauernrecht mit dem RErbhofG. v. 29. Sept. 1933, dem Grundstein der neuen deutschen landwirtschaftlichen Gesetzgebung, gemacht worden. Diese neue Besitz- und Eigentumstheorie ist also keine lebensferne, romantische Konstruktion, sondern eine dem Leistungsprinzip entsprechende Rechtsauffassung.

Für uns, die wir uns um die Schaffung des einheitlichen deutschen Rechts bemühen, kommt kein Wunschbild oder eine der Vergangenheit angehörende Wirtschaftsform als wirtschaftstheoretischer Ausgangspunkt in Frage, sondern allein das dem deutschen Volke angepaßte Wirtschafts- und Gesellschaftssystem des deutschen Sozialismus mit seiner autoritären Staatsführung.

Die neue deutsche Wirtschaft ist eine besonders geartete Bedarfsdeckungswirtschaft. Ihr Ordnungsprinzip, das Aufwand und Bedarf möglichst schnell und sinnvoll in Einklang bringen soll, ist der faire Leistungswettbewerb unter den keineswegs immer gleich stoßkräftigen isoliert oder verbunden kämpfenden Wirtschaftssubjekten, die sich in ihrem am Preis orientierten privatwirtschaftlichen Ertragsstreben ihres Aufeinanderangewiesenseins und ihrer Teilfunktion im Rahmen der deutschen Volksgemeinschaft stets bewußt sind. Also ein ganz anderes Ordnungsprinzip als das des liberalen, staatslosen Kapitalismus oder des international orientierten marxistischen Sozialismus.

Dafür, daß der Wettbewerb ein fairer Leistungswettbewerb ist, hat die bestimmtgeartete neue Organisation der Wirtschaft zu sorgen. Fairer Leistungswettbewerb — im Gegensatz zum Nichtleistungswettbewerb — liegt dann vor, wenn die Konkurrenten die Rentabilität ihrer Unternehmungen durch bestmögliche Leistungen zu erreichen suchen. Die bestmögliche Leistung für den Käufer und vom Allgemeininteresse aus gesehen liegt dann vor, wenn sie für die Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses am besten geeignet und relativ am billigsten ist. Dafür, daß systemwidrige Abweichungen korrigiert werden und die rechtlichen Voraussetzungen der Wirtschaftsorganisation erhalten bleiben, hat die Wirtschaftsrechtsverfassung einzutreten. Sie ist eben nicht an der liberal-kapitalistischen Fiktion des fairen Leistungswettbewerbes sog. „Normal"figuren zu orientieren, sondern an dem fairen Leistungswettbewerb ganz verschieden veranlagter Wirtschaftssubjekte mit oft letzten Endes ganz verschiedenen Zielsetzungen.

Mit der Einstellung dieses Elementarrechtssatzes auf das bestimmtgeartete Ordnungsprinzip ist die Grundlage für die Synthese von Wirtschaft und Recht geschaffen.

Das soziale Leben wird durch zahlreiche Rechtssatzungen geregelt. Einen großen Teil des sozialen Lebens macht das Wirtschaftsdasein aus. Es kam im Laufe der Jahrhunderte immer mehr zur Entfaltung — bis zur Verkehrung seines Sinngehaltes, die in der sozialphilosophischen Grundlegung des marxistischen Sozialismus, der materialistischen Geschichtsauffassung, ihren prägnantesten Ausdruck fand. Viele neue Rechtsregeln suchten den Wirtschaftsablauf zu steuern, aber infolge ihres geringen Zusammenhangs, ja — gesamtwirtschaftlich gesehen — infolge ihres chaotischen Eingriffs in die staatslose Wirtschafts„ordnung" blieb es bei dem frommen Wunsch einer sinnvollen Regelung des Wirtschaftsablaufes. Die nationale Revolution hat diesem chaotischen Zustand in wirtschaftlicher, rechtlicher und allgemeingesellschaftlicher Hinsicht ein Ende gemacht und eine feste Basis für die Schaffung der einheitlichen deutschen Rechtsverfassung und im besonderen der einheitlichen Wirtschaftsrechtsverfassung gelegt. Es gilt nun, ein Gesetzgebungswerk aus einem Guß zu schaffen, das ein dem Ordnungsprinzip des Wirtschaftssystems des deutschen Sozialismus entsprechendes Wettbewerbsrecht ermöglicht. Das ist nur möglich durch die Abstimmung der Rechtssätze aufeinander, die unmittelbar oder mittelbar das Wettbewerbsrecht tangieren. Alle die Rechtsregeln gehören zum neuen deutschen Wirtschaftsrecht, die eine Einwirkung auf die wirtschaftliche Ertragsgestaltung durch positive oder negative Beeinflussung des fairen Leistungswettbewerbs auszuüben in der Lage sind.

Hinsichtlich des Wettbewerbsrechts muß man zwischen zwei Problemen unterscheiden: der Aufgabe des Wettbewerbsrechts, das Funktionieren des wirtschaftlichen Kreislaufs als solchen zu gewährleisten und der Aufgabe, für den bestmöglichen Gesamtwirtschaftserfolg der deutschen Wirtschaft und die Erfüllung des dem Leistungsprinzip entsprechenden Anteils der einzelnen Unternehmung, des einzelnen Wirtschaftssubjektes an dem Gesamtwirtschaftserfolg zu sorgen. Das ist das Problem des Rechts auf den vollen Arbeitsertrag. Der

faire Leistungswettbewerb in der eben bezeichneten Form wird in Zukunft durch das sinnvolle Zusammenwirken der Erwerbswirtschafter, der Berufsstände und des autoritären Staates gewährleistet werden, die Anwendung des neuen Wettbewerbsrechts wird den Berufsständen, den Wirtschaftsrechtlern und dem autoritären Staat vorbehalten sein.

Im Rahmen dieses Aufsatzes kam es mir zunächst darauf an, die Problematik des Wettbewerbsrechtes als Wahrer des Ordnungsprinzips der Wirtschaft des deutschen Sozialismus aufzuzeigen und Hinweise auf die Fixierung des neuen deutschen Wettbewerbsrechtes zu geben. Die andere Problematik, inwieweit das neue Wettbewerbsrecht auf die Durchführung des Leistungsprinzips einen Einfluß hat, mag einem späteren Aufsatz vorbehalten bleiben, in dem ich auf die Wirtschaftsrechnung und das Recht auf den vollen Arbeitsertrag im deutschen Sozialismus zu sprechen kommen werde.

Werberat und Polizei

I. Von RA. Dr. Hans Culemann:
JW. 1934, 1950.

II.

Von Dr. W. Totzek, Essen.

Culemann erörtert JW. 1934, 1950 die Zusammenarbeit von Werberat und Polizei bei Ausführung des Gesetzes über Wirtschaftswerbung. Er kommt entgegen einer früher von ihm vertretenen Auffassung zu dem Schluß, daß die Polizei gegen Werbung, die nach dem neuen Werbegesetz verboten ist, grundsätzlich nicht einzuschreiten befugt ist. Die Werbegesetzgebung enthalte keine Zuständigkeitserweiterung der Polizei über § 14 PolVerwG. hinaus. Bei Verletzung von Bestimmungen des Werberechts sei keine Gefahr gegeben, durch die die öffentliche Ordnung bedroht wird (vgl. § 14 PolVerwG.). Die Werberechtsbestimmungen seien wohl Bestandteil der Rechtsordnung. „Ordnung" i. S. von § 14 PolVerwG. sei aber nicht gleich Rechtsordnung.

Der Auffassung, daß unter „Ordnung" i. S. von § 14 PolVerwG. die Rechtsordnung nicht mitgemeint sei, kann nicht gefolgt werden. Ordnung ist nicht nur der Inbegriff der auch ungeschriebenen Regeln für das anständige Zusammenleben der Menschen, sondern das, was Ordnung ist, wird erst recht durch die Gesetze — und nicht nur durch die Strafrechtsgesetze — bezeichnet. Im Werbewesen umreißen die verschiedenen Anordnungen des Werberates das, was Ordnung ausmacht. Erst recht bei Verletzung von Gesetzen usw. liegt auch eine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung vor. So hält denn auch Drews: Lehrbuch des Polizeirechts (3. Aufl., S. 26) gerade auch zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung schlechthin die Zuständigkeit der Polizei für gegeben. Selbst wenn die Auffassung von Culemann, der sich übrigens auf Hatschek (Lehrbuch des Verwaltungsrechts) bezieht, für das frühere Recht richtig gewesen wäre — sie ist es aber nicht —, so wäre heute immerhin zu prüfen, ob unter Ordnung i. S. von § 14 PolVerwG. noch das alte verstanden werden kann. Es würde sich fragen, ob nicht der Begriff „Ordnung" heute mit einem ganz anderen Inhalt zu füllen ist. Die Ordnung ist nichts Fossiles, sondern zeitgebunden. Die Anforderungen, die an eine öffentliche Ordnung zu stellen sind, können wachsen. Und sie sind gewachsen. OVG. v. 9. Nov. 1933: OVG. 91, 139 rückt in einem besonderen Falle (Damenboxkämpfe) entschieden von dem ab, was Herbst 1932 noch als erträglich hingenommen wurde. Das würde zur Folge haben, daß jede Verletzung der Rechtsordnung die Voraussetzungen für die Anwendung von § 14 PolVerwG. schafft.

Culemann behauptet auch, daß die Meinung, daß „die Polizei bei Verstößen gegen die Werbegesetzgebung nicht kraft eigener Zuständigkeit zum Eingreifen berechtigt ist", auch vom Werberat selber geteilt werde. Es ist nicht ersichtlich, worauf diese Feststellung gestützt wird. Die in der Geschäftsführung des Werberates tätigen Kommentatoren des Gesetzes über Wirtschaftswerbung, Dr. von Braunmühl und Dr. Zweck, lassen demgegenüber durchaus die Möglichkeit zu, daß die Polizei außer auf Ersuchen des Werberates auch von sich aus einschreiten kann. Sie unterstellen dabei, anders als Culemann, der, wie gesagt, in der Verletzung des Werbegesetzes noch nicht den Tatbestand des § 14 PolVerwG. erfüllt sieht, daß „durch eine offensichtliche Nichtbeachtung der Bestimmungen des Werberates die öffentliche Ordnung ... bedroht" sein kann (vgl. von Braunmühl-Zweck, Wirtschaftswerbung, 1934, S. 76).

Freilich darf die Polizei nach § 14 PolVerwG. nur „im Rahmen der geltenden Gesetze" tätig werden. Das bedeutet auch, daß, wenn einzelne Lebensgebiete Sonderbehörden anvertraut sind, primär diese zuständig sind. Für das Werbewesen ist eine solche Sonderbehörde geschaffen. § 1 Ges. über Wirtschaftswerbung setzt für die Handhabung der Aufsicht über das Werbungs- usw. Wesen den Werberat der deutschen Wirtschaft ein. Ihm fehlt aber der Unterbau, wie ihn andere Reichsbehörden, z. B. die Arbeits- und Finanzverwaltung, haben. Darum ist ihm oft ein unmittelbares Eingreifen an Ort und Stelle nicht möglich. Die Leere kann zunächst nur durch das Eingreifen der Polizei ausgefüllt werden. Wo keine unmittelbare Gefahr im Verzuge ist, wird dagegen der Werberat selber Anordnungen zu treffen haben. Er wird zur Durchführung die Ortsbehörden um Rechts- und Verwaltungshilfe ersuchen (vgl. § 9 der 2. DurchfVO. zum Ges. über Wirtschaftswerbung). Die ersuchte Behörde wird meist gleichfalls wieder die Polizei sein. Entspricht sie dem Ersuchen, so wird sie nicht aus eigenem Recht heraus tätig. Die Anordnungen bleiben ihrem Wesen nach Anordnungen der ersuchenden Behörde, nicht der ersuchten. Nach der Rechtsprechung des OVG. (vgl. OVG. 20, 448; 65, 281) kommt es bei Rechtshilfeersuchen nur darauf an, daß die ersuchte Polizeibehörde prüft, ob 1. sie selbst zu der ihr angesonnenen Amtshandlung berechtigt ist und 2. die ersuchende Behörde die verlangte Leistung beanspruchen darf. Richtig ist nun, daß § 55 PolVerwG. Zwangsmittel nur zur Durchsetzung einer Polizeiverfügung zur Verfügung stellt. Nach § 40 Abs. 2 PolVerwG. sind Anordnungen usw., die die Polizeibehörden auf Ersuchen anderer Behörden als Polizeibehörden treffen, keine polizeilichen Verfügungen.

Trotzdem wird die Polizeibehörde erforderlichenfalls Zwangsmaßnahmen anwenden können, um das Ersuchen des Werberates zu verwirklichen. Genau so, wie nicht alle von der Polizei ausgehenden Anordnungen eine polizeirechtliche Quelle haben müssen, so brauchen auch nicht die Zwangsmaßnahmen polizeirechtlicher Herkunft zu sein, wenn sie auch inhaltlich ihnen entsprechen. Im Verwaltungsrecht gilt allgemein der Satz, daß es unvollkommene Gesetze in dem Sinne nicht gibt, daß der Staat etwas bindend vorschreibt, aber die Durchsetzung des Befohlenen mit Zwang nicht gestattet (vgl. Jellinek, Verwaltungsrecht 1928, 233). Es gilt der Schluß vom Zweck aufs Mittel: „wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann" (§ 89 ALR. Einleitung). Es ist keinesfalls so, daß bei den im Auftrage des Werberates von der Polizei erlassenen Anordnungen eine Exekution nicht möglich sei, sondern bestenfalls nur eine „Erinnerung" an den Werberat. Nach der Rechtsprechung des OVG. ergibt sich sogar die Möglichkeit, die Anordnung des Werberates durch die Verwaltungsgerichte auf ihre Berechtigung hin nachprüfen zu lassen. Das OVG. hat sich von dem Gesichtspunkt leiten lassen, gegen Anordnungen der Behörden weitestgehenden Rechtsschutz zu verschaffen. Wird gegen die Verfügung der Polizei, die auf das Rechtshilfeersuchen des Werberats ergeht, das nach dem PolVerwG. zulässige Rechtsmittel eingelegt, so wird es als unzulässig abzuweisen sein, wenn das Ersuchen des Werberats berechtigt war. Denn dann ist klargestellt, daß es sich gemäß § 40 Abs. 2 PolVerwG. nicht um eine Polizeiverfügung handelt. Der Weg für die Ausführung der Zwangsmaßnahme ist dann frei. Folgerichtig müßte auch eine Abweisung des Rechtsmittels erfolgen, wenn sich herausstellt, daß die Werberatsanordnung unberechtigt

war. Das OVG. tut dies aber nicht. Würde es hier auch so wie im ersten Teil entscheiden, so würde der „Willkür" der Behörden Tür und Tor geöffnet sein. Das OVG. nimmt jetzt an, daß die Polizei aus eigenem Recht vorgegangen ist. Sie hat dann Polizeigewalt angewendet. Da die Voraussetzungen dafür aber nicht gegeben waren, weil keine Polizeiwidrigkeit vorliegt, so ist die Polizeiverfügung aufzuheben. Damit entfällt aber die Grundlage für Zwangsmaßnahmen. Auf diesem Wege kann letztlich das OVG., wie gesagt, auch die materielle Berechtigung der Anordnungen des Werberats nachprüfen. Der Tatbestand ist in unserem Falle ähnlich gelagert wie in der Entscheidung OVG. 36, 434: Ein Verlagsbuchhändler hatte sich geweigert, ein Buch an die zuständige Universitätsbibliothek abzuliefern. Die Universitätsbibliothek beauftragte darauf die zuständige Polizeibehörde, den Verleger zur Ablieferung „durch Administrativ-Exekution" anzuhalten, weil sie nicht selbst vollstrecken kann. Die Polizeibehörde erließ eine Verfügung an den Buchhändler. Er legte Rechtsmittel dagegen ein und berief sich darauf, daß eine Verpflichtung zur Abgabe neuer Verlagswerke an die Universitätsbibliothek nicht mehr bestehe, zum mindesten könne die Abgabe nicht im Verwaltungswege erzwungen werden. Das OVG. hat in der Entscheidung eingehend die Rechtsgrundlage des Verlangens der Universitätsbibliothek nachgeprüft. Es kommt zu dem Schluß, daß eine Verpflichtung doch bestehe. Die Entscheidung schließt:

„Die Universitätsbibliothek war daher befugt, den Kläger, in dessen Verlag die Bücher ... unstreitig erschienen sind, wegen Hergabe von Freiexemplaren in Anspruch zu nehmen und nicht minder war die Polizeiverwaltung ... befugt, dem an sie gerichteten Ersuchen um Vollstreckung der ‚Administrativ-Exekution' zur Durchführung jenes Anspruchs zu entsprechen." Die Polizei habe die Maßnahmen nicht in Ausübung eigener Rechte getroffen, sondern nur einem begründeten Rechtshilfeersuchen entsprochen. Daher liege eine polizeiliche Verfügung nicht vor.

Es sei in diesem Zusammenhang weiter verwiesen auf die Entscheidungen des OVG. v. 5. April 1928: JW. 1929, 1089; ferner OVG. 6, 355; 12, 412 und 65, 279.

III.

Von Rechtsanwalt Dr. Hans Culemann, Düsseldorf.

Wenn Totzek mit seinem Aufsatz zu dem Ergebnis kommt, „daß jede Verletzung der Rechtsordnung die Voraussetzungen für die Anwendung von § 14 PolVerwG. schaffe", daß also die Verletzung der Vorschriften des Werberates der deutschen Wirtschaft die Polizei zum Eingreifen kraft eigener Zuständigkeit berechtige, so kann dieses Ergebnis keinesfalls gebilligt werden. Ebensowenig wie der Begriff „Ordnung" i. S. von § 14 PolVerwG. sich deckt mit dem Begriff „Rechtsordnung", vielmehr Ordnung i. S. des § 14 mehr und weniger bedeuten kann, ebensowenig ist der Verstoß gegen die Werberatsrichtlinien an sich polizeiliches Unrecht. Die Ordnung umfaßt den Schutz aller Normen über Handlungen, Unterlassungen und Zustände, deren Befolgung nach der herrschenden allgemeinen Auffassung zu den Voraussetzungen eines gedeihlichen, menschlichen und staatsbürgerlichen Zusammenlebens gehört (Drews, 4. Aufl., S. 13). Zu den Ordnungsnormen, deren Verletzung den Tatbestand des § 14 erfüllt, d. h. deren Verletzung zugleich eine Gefahr für die Allgemeinheit oder den einzelnen ist, gehört sicherlich nicht jede Rechtsnorm. Wohl kann man sagen, daß die Verhütung von Verstößen gegen die Strafrechtsordnung im Rahmen von § 14 liegt, ohne daß die sonstigen Voraussetzungen im einzelnen geprüft werden müssen. Sie sind bei Verletzung von Strafrechtsnormen ohne weiteres gegeben. So sind auch meine Ausführungen: JW. 1934, 1951 aufzufassen, wo gesagt wird, daß nur die Strafrechtsordnung als Teil der öffentlichen Ordnung in Betracht käme.

Mit Unrecht sagt Totzek, jede Verletzung einer Rechtsnorm erfülle den § 14 PolVerwG. Der Verstoß gegen das bürgerliche Recht, das Handelsrecht u. dgl. erfüllt selbstverständlich nicht die Voraussetzungen für den § 14. Nicht die Verletzung einer Ordnungsnorm an sich gibt die Voraussetzungen für § 14 PolVerwG., vielmehr muß zugleich eine Gefahr für die Allgemeinheit oder den einzelnen bestehen, und nur insofern sagt Drews auf S. 26, 3. Aufl., seines Polizeirechts, daß die Polizei zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung — wozu vor allem die Rechtsordnung gehöre — bei Gefahr im Verzuge einschreiten könne, d. h. wenn eine besonders dringende Gefahr durch Anrufung der ordentlichen Gerichte nicht mehr rechtzeitig abgewendet werden kann. Es ist aber schlechterdings nicht einzusehen, inwiefern etwa dadurch eine Gefahr begründet wird, daß entgegen der neunten Bekanntmachung des Werberates das Plakat einer Vergnügungsstätte im Schaufenster eines Zigarrengeschäftes ausgehängt wird, oder daß eine Druckschrift Anzeigen aufnimmt, ohne daß hierfür die Werberatsgenehmigung vorliegt. Von einer Gefahr kann hier nicht gesprochen werden. Wenn aber eine Gefahr vorliegt, da stützt sich die Polizei bei eigenem Vorgehen nicht auf die Werberatsrichtlinien, sondern auf § 14 PolVerwG. Eine eigene Zuständigkeit der Polizei ist durch die Bestimmungen des Werberats also nicht begründet.

Ich habe in meinen Ausführungen: JW. 1934, 1951 besonders darauf hingewiesen, daß die Werberatsrichtlinien vornehmlich aus ästhetischen Gründen geschaffen sind. „Eine Gefahr" auf diesem Rechtsgebiet kann also durch die Verletzung der Werberatsnormen nicht gegeben sein. Ich erinnere an die Schaffung eines Verunstaltungsgesetzes. Klarheit herrschte darüber, daß die Polizei auf diesem Gebiete nach § 10 II 17 ALR. nicht tätig sein könne, darum wurde ihre besondere Zuständigkeit über die allgemeine Zuständigkeit aus § 10 II 17 hinaus in dem Verunstaltungsgesetz begründet. Hätte man durch die Werberatsrichtlinien der Polizei ein neues Tätigkeitsfeld geben wollen, hätte eine besondere Ermächtigung, wie bei dem Verunstaltungsgesetz, für die Polizei geschaffen werden müssen. Das ist indessen nicht geschehen.

Wenn die Polizei bei Verstoß gegen die Werberatsbestimmungen tätig wird, so kann sie auf Grund eigener Zuständigkeit nur einschreiten, wenn zugleich die Voraussetzungen von § 14 PolVerwG. gegeben sind. Diese Auffassung ist mir von dem Präsidenten des Werberates unter dem 24. April 1934 ausdrücklich bestätigt, wie folgt:

> „Die von Ihnen vertretene Auffassung, daß die Polizei bei Verstößen gegen die Werbegesetzgebung nicht kraft eigener Zuständigkeit zum Eingreifen berechtigt ist, halte ich sowohl grundsätzlich als auch in den von Ihnen erwähnten drei Sonderfällen für zutreffend."

Auch Braunmühl steht dieser meiner Auffassung nicht entgegen. Er sagt auf S. 76, daß die Polizei auf Grund von § 14 tätig werden kann, wenn durch eine offensichtliche Nichtbeachtung der Bestimmungen des Werberats die öffentliche Ordnung und Sicherheit bedroht würde. Es steht hier also das Gegenteil von dem, was Totzek meint; nämlich nicht, daß der Tatbestand des § 14 erfüllt sei, wenn die Werberatsbestimmungen nicht beachtet würden, sondern daß die Polizei die Voraussetzungen des § 14 prüfen könne und bei ihrer Bejahung kraft eigener Zuständigkeit tätig werden könne. Nichts anderes habe ich JW. 1934, 1951 gesagt, wo ich ausgeführt habe, daß der Verstoß gegen die Werberatsrichtlinien zugleich ein Verstoß gegen § 14 PolVerwG. abgeben kann. Auch Braunmühl behauptet also nicht, wie der Verfasser nachweisen will, daß der Vorstoß gegen die Werberatsrichtlinien stets den Tatbestand des § 14 PolVerwG. erfülle.

Anerkannten Rechtes ist es, daß die Polizei dort nicht tätig zu werden befugt ist, wo ein Aufgabenkreis einer anderen Landesbehörde ausschließlich zugewiesen ist. Schon aus diesem Grunde kann eine eigene Zuständigkeit der Polizei nach den Werberatsbestimmungen nicht begründet sein. Das Argument von Totzek, dem Werberat fehle der Unterbau, schlägt nicht durch, wenn man mit Totzek annimmt, daß dem Werberat die Polizei mit ihren Machtmitteln zur Verfügung stehe. Denn wird der Unterbau durch die Polizeibehörde, die dem Werberat Verwaltungshilfe zu leisten hat, ersetzt, so fehlt es eben nicht daran. Steht die Polizei dem Werberat mit ihren Zwangsmitteln zur Verfügung, so werden ihre Akte als die

des Werberats rechtlich behandelt. Die Ausführung seiner Verfügung ist für den Werberat dann gesichert, für eine eigene Zuständigkeit der Polizei ist dann kein Raum mehr.

Richtig ist, daß die Polizei bei unmittelbarer Gefahr im Verzuge, gestützt auf § 14, tätig sein kann. Voraussetzung ist dann immer, daß eine besonders dringende Gefahr durch ein eigenes Tätigwerden des Werberats nicht mehr zu verhindern ist. Ein solcher Fall wird aber praktisch im Rahmen der Werbegesetzgebung nicht vorkommen. Besonders dringende Gefahren für die Allgemeinheit oder den einzelnen werden durch die Verletzung der Werberatsbestimmungen praktisch nie eintreten.

Wenn die ersuchende Behörde im Rahmen ihrer Ermächtigungen ein Ersuchen an eine ausführende Behörde richtet, wenn also der Werberat die Polizei zum Einschreiten bittet und sein Ersuchen gerechtfertigt ist, so gibt es keinen Rechtsschutz als den, der gegen die Anordnung der ersuchenden Behörde gegeben wäre. Nur von diesem Falle ist in meinem Aufsatz die Rede, und dieser Fall wird auch nach der Rechtsprechung des OVG. so entschieden, daß das gegen die „polizeiliche Verfügung" eingelegte Rechtsmittel als unzulässig verworfen, Rechtsschutz somit nicht gewährt wird. Da weiterhin ein Rechtsmittel gegen die Anordnung des Werberats nicht gegeben ist, bleibt es bei der Erinnerung, wie in meinem Aufsatz (S. 1952) dargestellt. Richtig ist auch weiter, daß bei Unrechtmäßigkeit des Ersuchens selbst die Polizei die Verantwortung für die Ausführung trägt, daß es sich also um eine polizeiliche Verfügung handelt, die mit den ordentlichen Rechtsmitteln im Verwaltungsstreitverfahren angefochten werden kann. Es wird dann das OVG. aufheben oder bestätigen, je nachdem die Voraussetzungen von § 14 gegeben sind. Dieser Fall ist in meinen Ausführungen nicht behandelt; ich kann nicht einsehen, wieso meine Ausführungen nach den bestehenden Gesetzesvorschriften unrichtig sein sollen.

Es bleibt also die Frage, ob die Polizei auf Ersuchen des Werberats ihre Zwangsmittel anwenden kann. Diese Frage habe ich auf Grund des § 55 PolVerwG. und § 40 Abs. 2 PolVerwG. verneint. Ich befinde mich damit in Übereinstimmung mit dem klaren Gesetzestext. Hier ist eine Lücke im Gesetz. Die Fälle, in denen die Polizei auf Ersuchen anderer Behörden ihre Zwangsmittel anwenden kann, sind in jeweiligen Gesetzen ausdrücklich aufgezählt. Ich verweise auf Kerstiens, PolVerwG. S. 270. Auch in dem vom OVG. entschiedenen und von Totzek mitgeteilten Fall (OVG. 36, 434) sind die Zwangsmaßnahmen vom OVG. nicht deshalb gebilligt worden, weil ein berechtigtes Ersuchen vorlag, sondern weil außerdem die Anwendung der „Verordnung wegen exekutorischer Beitreibung der öffentlichen Abgaben usw." vom 30. Juli 1853 für anwendbar erklärt wurde. Wörtlich sagt das OVG. „eben deshalb ist zur Herbeiführung der Erfüllung der Verpflichtungen das Verwaltungszwangsverfahren für anwendbar zu erachten, welches, falls eine zu erzwingende Handlung in Frage steht, gegenwärtig im § 132 LVG. geregelt ist". § 2 jenes Gesetzes aber bestimmt ausdrücklich, daß die Behörde, der keine zur Exekution dienenden Beamten zugeordnet sind, die Behörde bestimmen könne, von welcher das Zwangsverfahren vollstreckt werden soll. Hier war also der Polizei eine besondere Ermächtigung gegeben. Desgleichen in dem von OVG. 65, 281 entschiedenen Fall. § 32 RayonG. v. 21. Dez. 1871 bestimmte, daß die für unzulässig befundenen Anlagen zu entfernen seien; „nötigenfalls erfolgt dies auf Antrag der Kommandantur durch die Polizeibehörde auf Kosten des Bezirkes". Grundlage für die Ausführung unmittelbaren Zwanges war auch hier die unmittelbare Ermächtigung aus § 32 RayonG.

Sicherlich läßt sich vieles dafür sagen, daß die Polizei auf Ersuchen ihre Zwangsmittel anwenden kann. Jedoch ist die Frage sehr streitig (vgl. auch Braunmühl S. 75).

Wer wie Totzek den Standpunkt vertritt, daß die Polizei auf Ersuchen des Werberats von ihren Zwangsmitteln Gebrauch machen könne, übersieht etwas Wichtiges: Der Werberat ist doch in erster Linie Erziehungsorgan. Er ist bisher ohne Anwendung von Zwangsmitteln ausgekommen. Entsprechend seinem Charakter als Aufsichtsbehörde über die deutsche Werbung fehlt es an einem Rechtsmittelzug gegen die Verfügungen des Werberats. Auch gegen die auf sein Ersuchen tätig werdende Polizei ist ein Rechtsmittel nicht gegeben. Machtlos wäre also der Betroffene den Anordnungen des Werberats und ihrer Durchsetzung durch die Polizei preisgegeben. Es ist also durchaus nicht als ein rechtspolitisch erfreuliches Ergebnis zu begrüßen, wenn Totzek, was ich auf Grund der bestehenden Vorschriften des PolVerwG. bestreite, recht haben sollte. Man bedenke nur, daß einem Großbetrieb, wie etwa der Markenartikelindustrie, durch ein Verbot jeglicher wirtschaftlichen Werbung die Reklame lahmgelegt und damit die Arbeit entzogen und der Betrieb stillgelegt werden würde, wogegen alsdann kein Rechtsschutz gegeben wäre.

Müssen Sachanträge im Anwaltsprozeß verlesen werden?

Gemäß § 297 ZPO. müssen Anträge aus den vorbereitenden Schriftsätzen oder, soweit vorbereitende Schriftsätze nicht mitgeteilt oder die Anträge in solchen nicht enthalten sind, aus einem dem Protokoll als Anlage beigefügten Schriftsatz verlesen werden; dies gilt nicht für Anträge, welche von früher verlesenen nur unwesentlich abweichen. Streitig ist, ob § 297 ZPO. eine Mußvorschrift ist, auf deren Nichtbeachtung entsprechend § 295 ZPO. verzichtet werden kann.

Die herrschende Lehre (z. B. Seuffert-Walsmann § 297 Anm. 4 S. 493; Förster-Kann § 297 Anm. 4 S. 783; RG. ständig seit RG. 59, 397; zuletzt in RG. 136, 373 = JW. 1932, 3719) folgert aus § 297 Abs. 5 ZPO., daß die Nichtbeachtung dieser Vorschriften zwingend die Nichtberücksichtigung der Anträge zur Folge habe, weil § 297 ZPO. weder durch stillschweigenden Rügeverzicht noch selbst durch übereinstimmenden Willen der Parteien außer Anwendung gesetzt werden könne. Deshalb müßten die Anträge schriftlich vorliegen (RG.: JW. 1928, 1491), und ihre bloße Aufnahme ins Protokoll sei unzulässig und unzureichend (RG.: Gruch. 41, 177). Diese Ansicht begründet das RG. 136, 373 = JW. 1932, 3719 damit, daß § 297 Abs. 5 ZPO. sich nach Bedeutung und Sinn an die erkennenden Gerichte wende und ihnen verbiete, Anträge, die § 297 Abs. 1—4 ZPO. nicht entsprächen, insbes. dem Gericht nicht schriftlich überreicht seien, der Entsch. zugrunde zu legen. Wenn aber die Gerichte an § 297 ZPO. gebunden seien, so wäre die etwa abweichende Meinung der Parteien oder ihrer Vertreter über die rechtliche Bedeutung der Formvorschriften für die Anträge unmaßgeblich und für die Anwendung des § 295 ZPO. kein Raum, weil aus dem Wortlaut der als Mußvorschrift gekennzeichneten Formen für die Sachanträge folge, daß § 297 ZPO. als zwingende Vorschrift i. S. von § 295 ZPO. anzusehen sei. Weiter stellt das RG. Zweckmäßigkeitserwägungen an und sagt, daß die Zulassung der freien Umgestaltung des Klageantrages (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.) durch bloße mündliche Erklärung des ProzBev. dem Rechtsstreit jede feste Begrenzung nehmen würde, wie sie z. B. §§ 264, 268 ZPO. zum Ziele hätten. Die dadurch in das Verfahren hineingetragene Unsicherheit würde besonders hervortreten, wenn ein Rechtsstreit längere Zeit dauere, die Besetzung des Gerichts wechseln oder andere Anwälte für die Parteien auftreten. Dann könnte die Feststellung dessen, was mündlich beantragt ist, sowie das Festhalten an dem früheren Antrage auf unüberwindliche Schwierigkeiten stoßen.

Zunächst einmal ist nicht überzeugend dargelegt, warum die gerichtliche Beurkundung im Sitzungsprotokoll das erste Erfordernis, daß die Anträge vom ProzBev. schriftlich gestellt vorliegen müssen, nicht ersetzt. § 297 Abs. 3 ZPO. läßt selbst eine Ausnahme für Anträge, die von früheren unwesentlich abweichen, zu. Solche Anträge gibt es streng genommen überhaupt nicht. Denn jeder Antrag ist für die Partei von wesentlicher Bedeutung, und eine „unwesentliche" Einschränkung oder Ergänzung des früheren Antrages für den Ausgang des Prozesses u. U. ausschlaggebend. Sind aber die Anträge zu Protokoll erklärt, dann liegen sie dem Gericht auch schriftlich vor, und es wäre mit dem Rechtsempfinden des Volkes unvereinbar, die im Sitzungsprotokoll enthaltenen Anträge formell als nicht schriftlich gestellt anzusehen. Damit ist aber auch die vom RG. hervorgehobene Unsicherheit gegenstandslos geworden.

Etwas anderes ist es aber, wenn die Anträge schriftlich überhaupt nicht vorliegen, also weder in einem Schriftsatz enthalten noch in das Protokoll aufgenommen sind. Dann wäre die Feststellung der die Grundlage der Entsch. bildenden Anträge, wenn auch nicht ausgeschlossen, so doch mindestens unzuverlässig. Denn von einem stark beschäftigten Kollegialgericht kann nicht verlangt und erwartet werden, daß es die in zahlreichen Prozessen nur mündlich gestellten Anträge so fest im Gedächtnis behält, daß sie eine sichere Grundlage

für die Entsch. bilden. Daran kann auch die erfolgreich durchgeführte Prozeßbeschleunigung, die die Zahl der mündlichen Verhandlungen vermindert und den zwischen den einzelnen Terminen liegenden Zeitraum verkürzt hat, nichts ändern.

Wenn aber § 297 ZPO. selbst eine Ausnahme für unwesentliche Abweichungen der früheren Anträge zuläßt, die es eigentlich nicht gibt, dann ist nicht einzusehen, weshalb § 297 ZPO. zwingenden Mußcharakter haben soll. Der Wortlaut besagt hierfür nichts. Unverzichtbare Mängel i. S. von § 295 Abs. 2 ZPO. sind lediglich solche, die der Verhandlungsmaxime nicht unterliegen. Das sind Verstöße gegen Vorschriften, die nicht nur im Interesse der einen oder anderen Partei gegeben sind, sondern deren Einhaltung im öffentlichen Interesse liegt und daher meist von Amts wegen zu beachten ist, so z. B. namentlich alle Grundfragen des Prozeßrechts. Dagegen steht der Umstand, daß der Mangel ein wesentlicher ist, der Parteidisposition nicht entgegen, da § 295 ZPO. bei unwesentlichen Mängeln, d. h. solchen, die auch bei Rüge keine sachlichen Folgen haben, gar nicht in Betracht kommt. Deshalb wird der Mangel der Nichtbeachtung des § 297 ZPO. gem. § 295 ZPO. geheilt, weil jeder Verstoß gegen den Grundsatz der Mündlichkeit verzichtbar ist (Stein-Jonas § 297 Anm. IV).

Schließlich ist der Standpunkt des RG. auch durch die letzte Abänderung der ZPO. überholt. Wurde vor dem 1. Jan. 1934 ein in erster Instanz nicht verlesener Antrag in zweiter Instanz verlesen, so lag ein neuer Anspruch gem. § 529 Abs. 4 ZPO. vor, der nur mit Einwilligung des Gegners erhoben werden durfte. Das mußte notwendig dazu führen, daß der Prozeß aus formellen Gründen beendet und ein neuer Rechtsstreit über denselben Anspruch geführt wurde. Durch die Annahme, daß § 297 ZPO. eine unverzichtbare Mußvorschrift sei, erhielt das RG. die Möglichkeit, das erste Urteil einschließlich des Verfahrens erster Instanz aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen (§ 539 ZPO.). Die Novelle von 1924 gestattet jede Klageänderung, wenn sie sachdienlich ist, aber nur für die erste Instanz. Die Novelle v. 27. Okt. 1933 läßt sie nunmehr auch für die zweite Instanz zu. Damit ist ein großer Fortschritt erzielt und die Frage der Klageänderung praktisch bedeutungslos geworden. Denn in fast allen Fällen der Klageänderung, die in der Praxis vorkommen, wird die Sachdienlichkeit zu bejahen sein. Dies gilt auch, wenn man der Ansicht des RG. folgt, daß ein zu Protokoll erklärter Antrag nicht der Bestimmung des § 297 ZPO. entspricht, für den in zweiter Instanz neu verlesenen Anspruch.

RA. Dr. Henneberg, Breslau.

Deutsche Anwalt- und Notar-Versicherung, Lebensversicherungsverein a. G., zu Halle (Saale)

Die Mitgliederversammlung der Ruhegehalts-, Witwen- und Waisenkasse für deutsche Rechtsanwälte und Notare zu Halle (Saale) beschloß die Umänderung der bisherigen Firmenbezeichnung, die sich aus dem historischen Werdegang erklärte, Wesen und Zweck der Gesellschaft aber nicht traf, in „Deutsche Anwalt- und Notar-Versicherung, Lebensversicherungsverein a. G.".

Auf Grund einer zwischen dem Aufsichtsrat und dem Vorstandsmitglied Herrn Dr. Schweer getroffenen gütlichen Vereinbarung ist dieser mit dem 30. Sept. 1934 aus dem Dienst der Ruhegehaltskasse ausgetreten.

In der richtigen Erkenntnis, daß die Möglichkeit durch den Abschluß von Versicherungen Vorsorge für die Zukunft zu treffen, in möglichst jungen Jahren offengehalten werden muß, entschloß sich die Mitgliederversammlung, den Kreis der aufnahmefähigen Personen auf Referendare und Assessoren auszudehnen. Dadurch, daß zu dem Kreis der aufnahmefähigen Personen auch frühere Referendare und Assessoren gehören, ist damit praktisch die Aufnahmefähigkeit der gesamten Juristenschaft gegeben, so daß sich damit die Gesellschaft über ihr bisheriges Betätigungsfeld als Standesversicherung der Rechtsanwälte und Notare hinaus zur Standesversicherung der gesamten deutschen Juristenschaft ausgedehnt hat.

Das der Mitgliederversammlung vorgelegte Geschäftsergebnis für 1933 muß als recht befriedigend angesehen werden. Von einem Gewinn von 876 015,32 RM wurde eine Überschußverteilung von 8% der überschußberechtigten Jahresbeiträge und 2¼% des überschußberechtigten Deckungskapitals sowie 30% der überschußberechtigten Renten beschlossen.

Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen

Sitzung der Amtsleiter der Rechtsabteilung-Reichsleitung

Am Mittwoch, dem 10. Okt. 1934, fand in den neuen Diensträumen der Rechtsabteilung-Reichsleitung eine Sitzung der Amtsleiter der Rechtsabteilung statt; sie stand unter der persönlichen Leitung des Reichsleiters, Reichsjustizkommissars Dr. Frank.

Den Gegenstand der Beratung, zu der der Vorstand der Münchener Anwaltskammer RA. Dr. Ferdinand Mößmer und als Vertreter des Bayer. Justizministeriums MinR. Dr. Gipfer erschienen waren, bildete der vom RJM. vorgelegte Entwurf einer zeitgemäßen Änderung der Rechtsanwaltsordnung. Der auf einer Denkschrift des Reichsfachgruppenleiters Rechtsanwälte des BNSDJ. aufgebaute amtliche Entwurf fand, von einigen Bestimmungen abgesehen, die Billigung des Reichsjustizkommissars und Reichsleiters der Rechtsabteilung.

Im Anschluß an die Beratung über die Rechtsanwaltsordnung fand eine interne Beratung der Rechtsabteilung statt. Der stellvertretende Leiter der Rechtsabteilung, Parteigenosse Dr. Fischer, begrüßte den Reichsleiter. Die Amtsleiter berichteten über die Tätigkeit ihrer Abteilungen. Parteigenosse Dr. Bauer, der Leiter des Amts für Rechtsverwaltung, stellte fest, daß die Inanspruchnahme der Rechtsabteilung-Reichsleitung durch die zahlreichen Parteidienststellen, sei es durch Beratungen auf den verschiedensten Rechtsgebieten, sei es durch die Vertretung vor Gerichten und Behörden, in der letzten Zeit einen ungeheuren Umfang angenommen habe. Auch die Beschäftigung des von Parteigenossen Dr. Bechert geleiteten Amtes für Rechtspolitik hat durch die enge Zusammenarbeit mit der Akademie für Deutsches Recht, dem Reichsjustizkommissariat und der Kanzlei des Stellvertreters des Führers eine ganz erhebliche Erweiterung erfahren. **Parteigenosse Dr. Raeke konnte für sein Amt NS.-Rechtsbetreuung des Deutschen Volkes feststellen, daß bereits mehr als 1000 Rechtsbetreuungsstellen im Deutschen Reich zur vollsten Zufriedenheit aller Beteiligten arbeiten und weitere 300 unmittelbar vor der Errichtung stehen. Die Deutsche Anwaltschaft, die auch in der Kampfzeit den Stoßtrupp der deutschen Juristen gebildet hatte, hat sich fast ausnahmslos im Geiste echter Volksgemeinschaft in den Dienst der unentgeltlichen Beratung der minderbemittelten Teile unseres Volkes gestellt. Die Inanspruchnahme der Rechtsbetreuungsstellen hat in den letzten Wochen riesig zugenommen.** Aus dem Tätigkeitsbericht des Amts für Schulung berichtete Parteigenosse Dr. Haidn, daß die Organisation der politischen Erziehung des Juristen bereits allenthalben im ganzen Reich in Angriff genommen sei. Die deutschen Juristen haben erkannt, daß die Begriffsjurisprudenz des liberalistischen Zeitalters überlebt ist und die lebendige Verbundenheit zwischen Rechtswahrer und Volksgemeinschaft in Verwaltung und Rechtsprechung Voraussetzung für ein artgemäßes und volkstümliches Recht und Leitstern aller Tätigkeit der Rechtswahrer des Dritten Reichs zu sein hat.

Nach den Berichten der Amtsleiter fand eine rege Aussprache statt, in deren Verlauf der Reichsjustizkommissar, Reichsleiter Dr. Frank zu längeren, mit lebhafter Zustimmung aufgenommenen Ausführungen das Wort ergriff. Aus allen Berichten ging übereinstimmend die Erkenntnis hervor, daß das vom Führer auf dem Reichsparteitag herausgestellte Primat der Partei vor dem Staate zum brennendsten Problem der letzten Monate geworden ist.

Reichsrechtsanwaltskammer

Verzeichnis der deutschstämmigen Rechtsanwälte und Notare in der Tschechoslowakei

(Umdruck Nr. 83/34 v. 13. Okt. 1934.)

Den Vorständen aller Anwaltskammern haben wir ein Verzeichnis der deutschstämmigen Anwälte in der Tschechoslowakei übersandt. Kollegen, die einen Auftrag an einen Anwalt der Tschechoslowakei zu erteilen haben, mögen sich vom Vorstande ihrer Anwaltskammer Anwälte aus diesem Verzeichnis benennen lassen.

Schrifttum

Die Einsendung von Büchern begründet keinen Anspruch auf Besprechung. Eine Rücksendung kann in keinem Fall erfolgen.

Rechtsanwalt und Notar Dr **Conrad Böttcher** und Rechtsanwalt Dr. **Heinz Meilicke: Umwandlung und Auflösung von Aktiengesellschaften und Gesellschaften m. b. H., insbesondere von Grundstücks-, Familien- und Schachtelgesellschaften.** (Vahlens gelbe Hefte.) Berlin 1934. Verlag Franz Vahlen. Preis kart. 3 *RM.*

Das Büchlein stellt sich trotz des geringen Umfangs von rund 100 Seiten angesichts der eingehenden Kommentierung der kurzen Gesetze nicht als eine bloße „Textausgabe mit Erläuterungen", sondern als ein Großkommentar dar.

Unter der eigenartigen Systematik des Gesetzes, das in gemeinverständlicher Weise von der Umwandlung einer AktG. in eine OHG. als Grundform ausgeht und bei den praktisch wichtigeren übrigen Umwandlungsfällen auf diese Grundform unter Ergänzungen verweist, muß die Übersichtlichkeit eines Kommentars naturgemäß leiden. Zur Einführung in das Studium des Gesetzes eignet sich daher eine Kommentarform nicht, sondern lediglich die Lektüre des Gesetzes selbst, gegebenenfalls mit Unterstützung der im Schrifttum bereits veröffentlichten Referate. Die Übersichtlichkeit würde daher wesentlich gewonnen haben, wenn dem Kommentar, so wie er herausgestellt ist, noch ein nicht kommentierter Separatdruck der kurzen Gesetze und der Verordnung vorangeschickt wäre, wie dies bei Nebengesetzen vielfach üblich ist.

Erläutert sind das „Gesetz zur Umwandlung von Kapitalgesellschaften v. 5. Juli 1934" und das gleichzeitig erlassene „Gesetz über Steuererleichterungen bei der Umwandlung und Auflösung von Kapitalgesellschaften", sowie die DurchfVO. hierzu v. 7. Juli 1934. Vorangeschickt ist ein kurzer Überblick über die Umwandlungsgesetzgebung: ihr Sinn und Zweck, Für und Wider, ist erörtert; das Verhältnis der handelsrechtlichen und steuerrechtlichen Erleichterungen für Umwandlungen als das voneinander unabhängiger zweier sich schneidender Kreise wird betont und diese theoretisch wichtige Erkenntnis in den folgenden Erläuterungen scharf herausgearbeitet.

Die Erläuterungen wahren den Zusammenhang mit dem allgemeinen Handelsrecht und lassen in grundsätzlichen Fragen desselben eine im wesentlichen zutreffende Einstellung zu diesem in der Praxis oft strittigen Rechtsstoff erkennen. Dadurch ist für die Erläuterung der Umwandlungsgesetzgebung ein gesundes Fundament geschaffen, so daß man sich der Führung des Kommentars anvertrauen kann. Das zur Umwandlungsgesetzgebung bis zu seinem Erscheinen veröffentlichte Schrifttum ist eingehend berücksichtigt: auf die Möglichkeit von Meinungsverschiedenheiten im einzelnen einzugehen, ist hier nicht der Ort; die Praxis erst wird in manchen Fällen eine Klärung herbeiführen. Nur auf eine Ungenauigkeit (z. B. S. 17, Note II 3 zu § 1) sei hingewiesen: die „uneigentliche Umwandlung" nach bisherigem Recht bedarf nicht der „Liquidation" (JFG. 7, 198), d. h. der Gläubigerbefriedigung (vgl. § 25 HGB.), sondern nur der Übertragung der einzelnen Vermögensstücke (Singularsukzession); neues Recht im UmwG. ist in dieser Richtung lediglich die Universalsukzession.

Diese Gesamtnachfolge ist eingehend erläutert. Lichtvoll sind konkursrechtliche Fragen untersucht, die anläßlich der Umwandlung auftauchen können. Die Möglichkeit der Abfindung von Gesellschaftern, die vor Umwandlung ausscheiden wollen, ist gestreift. Im Zusammenhang mit der Umwandlung stehende devisenrechtliche Vorschriften sind in einem Anhang erörtert. Besonders begrüßt werden dürften die Erläuterungen zum SteuererleichterungsG., das abgegrenzt wird zur AufteilungsVO. in der NotVO. v. 8. Dez. 1931; Rückverwandlung aufgelöster Gesellschaften und gelöschte Gesellschaften, die die Liquidation fortsetzen, sind steuerlich behandelt; ebenso ausländische Gesellschaften.

Zusammenfassend läßt sich sagen: der vorliegende Kommentar ist ein praktisch brauchbarer Versuch, der seinen Weg machen wird, und eine wertvolle Hilfe besonders für Geschäftsleute und ihre Rechtsberater, aber auch für die gerichtliche Praxis verschiedener Sachgebiete.

AGR. Groschuff, Berlin.

AGR. Dr. **E. v. Braunmühl**, Geschäftsführer im Werberat der deutschen Wirtschaft und GerAss. Dr. **K. Zweck**, Sachbearbeiter im Werberat der deutschen Wirtschaft: **Wirtschaftswerbung.** Kommentar zum Gesetz vom 12. Sept. 1933 nebst Durchführungsverordnungen und den Bekanntmachungen des Werberats der deutschen Wirtschaft. Berlin 1934. Carl Heymanns Verlag. Preis in Leinen 8 *RM.*

Die Werbegesetzgebung — unter diesem Ausdruck werden das Gesetz über Wirtschaftswerbung v. 12. Sept. 1933 und die auf ihm fußenden drei Durchführungsverordnungen und bisher neun Bekanntmachungen des Werberats der deutschen Wirtschaft zweckmäßig zusammengefaßt — berührt jeden, der in Deutschland Wirtschaftswerbung betreibt. Deshalb ist die Bestimmung des Begriffs Wirtschaftswerbung die erste Aufgabe eines Kommentators des Werberechts. Braunmühl-Zweck fassen auch solche Werbevorfälle unter das Gesetz, die sich an einen einzelnen wenden, also den einzelnen Werbebrief, den Vertreterbesuch, die werbenden Angaben am Telephon. Zwar entziehen sich diese drei Arten der Werbung praktisch weitgehend der Aufsicht, die nach § 1 des Gesetzes durch den Werberat ausgeübt wird. Es ist aber nicht tragbar, ein und dieselben Angaben eines Werbungtreibenden da von der Zuständigkeit des Werberats auszunehmen, wo sie im Werbebrief erscheinen, und sie da dem Eingriff des Werberats zu unterwerfen, wo sie im Inserat oder Plakat vorkommen. Ich schließe mich deshalb der Ansicht Braunmühl-Zwecks S. 69 an. Das dortige Beispiel der „Bauernfängerei" ist zutreffend, aber nicht immer vom Werberat selbst beachtet. Die Anzeige eines „Erfinders", der Generalvertretungen zum Preise von 3000 *RM* für einen völlig wertlosen Artikel anbot, hat der Werberat nicht beanstandet, obwohl das wirtschaftliche Ziel der Werbung des Erfinders das war, zwar nicht Ware, aber Generalvertretungen zu verkaufen.

Die Werbeabgabe sehen Braunmühl-Zweck als eine Steuer i. S. des § 1 RAbgO. an. Dem steht § 3 Abs. 1 des Gesetzes über Wirtschaftswerbung entgegen, der die Erteilung der Genehmigung von der Erhebung der Abgabe abhängig macht und damit die Werbeabgabe der öffentlich-rechtlichen Gebühr annähert, während Steuern „solche Geldleistungen sind, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen". Zuzugeben ist andererseits, daß die Abgabe dem Tatbestand des § 6 (2) KommAbgG. nicht voll entspricht. Dies Gesetz knüpft die Gebühr an die einzelne Handlung. Die einzelne und einmalige Gebühr entspricht der einzelnen und einmaligen Handlung. Die Werbeabgabe aber wird von dem, der die Genehmigung erhalten hat, laufend erhoben und nähert sich damit der Steuer. Das Ergebnis, zu dem Braunmühl-Zweck an Hand der Steuertheorie kommen, ist auf jeden Fall begrüßenswert, daß nämlich die Abgabe die Erhebung gleichartiger Abgaben durch Länder und Gemeinden unzulässig macht und damit die im Endergebnis auf die Erhebung von Werbeabgaben hinzielenden Baupolizeigebührenordnungen aufhebt. Eine Reihe von Gemeinden haben sich Baupolizeigebührenordnungen bewußt mit dem Zweck geschaffen, die in Preußen und in einer Reihe von anderen Ländern fortgefallenen Ankündigungssteuern wenigstens da zu ersetzen, wo der Werbungtreibende eine baupolizeilich genehmigungspflichtige Reklameanlage errichtet.

Die Werbungtreibenden hatten gehofft, die Werbegesetzgebung werde die tausendfältige Buntscheckigkeit der Verunstaltungsgesetze, Verordnungen, Statuten außer Kraft setzen. Die von Braunmühl nach wie vor vertretene Bedingungstheorie steht dieser Hoffnung nun zwar entgegen. Zuzustimmen aber ist der Aufforderung (S. 72), daß alle Staats- und Gemeindestellen, die Vorschriften über Reklame erlassen, sich vorher kraft des nobile officium mit dem Werberat ins Benehmen zu setzen haben. Die Idee der organischen Staatsführung muß dem gegenüberstehende formalrechtliche Bedenken niederschlagen. Es wäre wünschenswert, daß das vorliegende Erläuterungsbuch bei den Behörden eingehend zu Rate gezogen würde, die baupolizeiliche oder verkehrspolizeiliche Vorschriften über Reklame erlassen. Auf diese Weise wird am besten die Normengebung der Länder und Gemeinden den Auffassungen des Werberats angepaßt.

Auch die Richter und Anwälte dürfen sich durch die Bedingungstheorie nicht abschrecken lassen, die Werbegesetzgebung durchzuarbeiten. Denn mögen auch „die Richtlinien, nach denen Wirtschaftswerbung ausgeführt und gestaltet werden soll" (Ziff. 6 der Bekanntmachung des Werberats v. 1. Nov. 1933), nicht Normen, sondern nur Anhaltspunkte sein, nach denen der Werberat sich bei seiner Genehmigungstätigkeit zu richten entschlossen ist: In den Richtlinien verkörpert sich die werbemoralische Auffassung des neuen Staates. An dieser Auffassung kann man im Wettbewerbsprozeß keinesfalls vorbeigehen. Die Richtlinien sind geschaffen worden, weil die bestehenden Gesetze dem neuen Staat nicht die Wahrung des vollen Anstandes im Wettbewerb verbürgten. Wenn eine

eigens zur Überwachung der gesamten deutschen Werbung geschaffene Reichszentralstelle mit Billigung der Regierung Mindestforderungen an den Anstand in der Werbung aufstellt, so müssen diese Mindestforderungen die Entscheidung auch der Wettbewerbsstreitigkeiten beeinflussen, die nicht vom Werberat der deutschen Wirtschaft selber entschieden werden. Das Buch Braunmühl-Zweck führt in die den Juristen leider weitgehend unbekannte Materie der neuen Werbegesetzgebung gründlich ein. Aber immer in einer Weise, die die Verbindung zum geltenden Recht schafft. Gewiß ist das Genehmigungssystem, auf dem sich das Werberecht aufbaut, ein verwaltungsrechtliches Novum, aber durch das Hineinstellen der Werberatspraxis in die bisherige Judikatur und Rechtslehre erleichtern Braunmühl-Zweck es dem Juristen, das neue Genehmigungssystem in sein Denken aufzunehmen.

Es gibt bereits mehrere Bücher zur Werbegesetzgebung. Man kann aber den Braunmühl-Zweck mit gutem Gewissen als das Beste bezeichnen, was bisher erschienen ist. Die Erläuterung, zu der im einzelnen Stellung zu nehmen mir der Raum fehlt, ist schlechthin erschöpfend und immer so gehalten, daß auch der z. B. mit dem Anzeigen- oder mit dem Plakatgeschäft nicht Vertraute rasch die praktisch brauchbare Antwort auf seine Frage findet. Das Stichwortverzeichnis von 30 Seiten ist eine Leistung für sich, die die Brauchbarkeit des Buches noch mehr erhöht. Der Text aller auf dem Gesetz über Wirtschaftswerbung fußenden Verordnungen und Bekanntmachungen des Werberats leitet das Buch ein. Die Bekanntmachungen erscheinen im Deutschen Reichsanzeiger, nicht im Reichsgesetzblatt, deshalb ist ihr vollständiger Abdruck an dieser Stelle besonders zu begrüßen.

RA. Dr. Hans Culemann, Düsseldorf.

RGR. Dr. Otto Warneyer, Leipzig: Der Protest. Muster und Ratschläge für seine Erhebung von Julius Rausnitz weil. Geh. JR., RA. am KG. Berlin. 3. verbesserte Aufl. auf Grund des Wechselgesetzes v. 21. Juni 1933. Berlin 1934. Carl Heymanns Verlag. Preis 2,80 RM.

Dieses kleine praktische Buch wurde im Jahre 1908 von einem Praktiker für die Praxis geschaffen. Alle denen, die sich mit der Erhebung des Protestes zu beschäftigen hatten, wurde es ein gern benutzter Ratgeber.

Die auf Grund des neuen Wechselgesetzes erforderlich gewordene Neubearbeitung ist durch einen Kenner des neuen Wechselgesetzes erfolgt. Das Buch wird auch in seiner neuen Gestalt allen denen, die sich mit der Erhebung von Wechselprotesten zu beschäftigen haben, also Notaren, Rechtspflegern, Gerichtsvollziehern und Postbeamten ein guter Ratgeber sein. Es verdient daher weiteste Verbreitung.

RA. Dr. Otto Rilk, Berlin.

Rechtsanwalt Dr. Curt Hillig und Dr. Greuner, Leipzig: Gutachten über urheberrechtliche, verlagsrechtliche und verlegerische Fragen. Erstattet und herausgegeben im Auftrage des Deutschen Verlegervereins. Leipzig 1934. II. Band. Preis in Leinen 15 RM.

Die in der Gutachtensammlung wiedergegebenen 205 Gutachten sind eine Fortsetzung der bereits i. J. 1928 von dem Mitverfasser, RA. Dr. Hillig, herausgegebenen „385 Gutachten über urheberrechtliche, verlagsrechtliche und verlegerische Fragen" (bespr.: JW. 1929, 1187). Wie schon der Titel des Buches zum Ausdruck bringt, sind die Rechtsgutachten im Auftrage des Deutschen Verlegervereins erstattet worden. Es handelt sich um die Beantwortung von Fragen, die einzelne Verleger dem Deutschen Verlegerverein zur Begutachtung übergeben haben und die dieser den Verf. unterbreitet hat.

Die Gutachten behandeln Fälle sowohl des Urheber- und Verlagsrechts, als auch verlegerische Fragen aller Art im weiteren Sinne des Wortes. Da es sich sämtlich um Tatbestände aus der Praxis handelt, ist die Sammlung sehr reichhaltig und gerade für die Praxis sehr brauchbar. Den einzelnen Gutachten geht ein kurz gefaßter Sachvortrag voran, dem sich dann Rechtsausführungen in ebenfalls knapper und klarer Form anschließen. Die Sammlung enthält viele Fälle, die in Entscheidungssammlungen nicht zu finden sind, und denen doch praktische Bedeutung zukommt. Da der Sachverhalt häufig nicht eindeutig feststeht, erörtern die Verf. die Rechtslage nach allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten, so daß die Lektüre der Sammlung zur Einführung in das Gebiet des Urheber- und Verlagsrechts empfohlen werden kann. Dies um so mehr, als viele Gutachten sich mit typischen Vertragsbestimmungen befassen, die in Kommentaren weniger erläutert werden.

Die Rechtsgutachten zeichnen sich durch eine bemerkenswerte Objektivität aus. Soweit es sich um Urheberrechtsfragen handelt, kann jede Rechtsfrage den Verleger sowohl als Träger des Urheberrechts als auch als Gegner des Berechtigten interessieren. Derartige Fragen müssen daher auch vom einseitig verlegerischen Standpunkt aus stets objektiv behandelt werden. Darüber hinaus sind aber in der Sammlung auch die Rechtsfragen des Verlagsvertrages zwischen Verleger und Verf. sachlich beantwortet worden.

Die Benutzung des Buches wird durch ein sorgfältiges Schlagwortverzeichnis erleichtert; für eine spätere Auflage wäre noch die Beifügung eines Gesetzesregisters zu empfehlen.

Eine eingehendere Behandlung der einzelnen Gutachten ist im Rahmen dieser Besprechung nicht möglich, doch ist zu einigen Gutachten folgendes zu bemerken:

Gutachten 81.

Bei der Auslegung des § 26 des Verlagsgesetzes stellen sich die Verf. in Gegensatz zu der herrschenden Ansicht, insbes. zu der Rechtsprechung des RG. Ich glaube nicht, daß sich der Standpunkt der Verf. nach dem Gesetz rechtfertigen läßt. Die von den Gutachtern angeführten Gründe sind im wesentlichen wirtschaftlicher Art, wobei zweifelhaft sein kann, ob der wissenschaftliche Sortimentsbuchhandel tatsächlich so unersetzlich ist, wie die Verf. meinen, oder ob er nicht durch geeignete andere Vorkehrungen ersetzt werden könnte. Für nichtwissenschaftliche Literatur ist die Bedeutung des Sortimentsbuchhandels und des Ladenpreises unangreifbar. Für die wissenschaftliche Literatur dürfte dies aber kaum gelten.

Gutachten 129/34.

Die Gutachter erkennen dem Verleger das Recht zu, bei mangelnder Absatzfähigkeit die Verlagsbestände eines Werkes zu vernichten oder zu verramschen. Grundsätzlich ist den Ausführungen der Gutachter beizupflichten. Hinsichtlich des Rechts zur Verramschung wäre m. E. ein Hinweis wünschenswert gewesen, daß der Verleger verpflichtet ist, bevor er zu einer derartigen Maßnahme greift, alles zu tun, was zur Hebung des Absatzes auf anderem Wege unternommen werden kann. Insbes. muß der Verleger, bevor er seinen Verlagsbestand an einen Grossobuchhändler oder ein Warenhaus verkauft, die Herabsetzung des Ladenpreises in Erwägung ziehen und dürfte erst dann zu dem äußersten Mittel der Verramschung schreiten, wenn auch eine weitgehende Herabsetzung des Ladenpreises unter gleichzeitiger geeigneter Propaganda sich als unwirksam erwiesen hat oder von vornherein mit Sicherheit als unwirksam vorhergesehen werden kann. In den Fällen, in denen der Verf. einen bekannten Namen hat, wird eine Verramschung schon deshalb meist ausgeschlossen sein, weil die Absatzfähigkeit der Werke eines solchen Autors für die Dauer nicht verneint werden kann. Wenn aber im Einzelfalle für ein Werk eines derartigen Autors der Absatz auch für die Zukunft nicht möglich erscheint, kann der Verleger nach Treu und Glauben eine Verramschung nur vornehmen, wenn eine Schädigung des Autors hierdurch nicht erfolgt. Das kann z. B. bei Ausgaben mit schlechtem Holzpapier der Fall sein, wenn bei der Verramschung dem Verkäufer zur Pflicht gemacht wird, bei dem Verkauf auf den Grund der Verramschung hinzuweisen. Auch bei Werken, die ihrem Inhalte nach nur Tagesbedeutung haben, kann eine Verramschung unbedenklich stattfinden, selbst wenn der Name des Autors bekannt ist. In anderen Fällen aber, in denen der gute Ruf des Autors durch die Verramschung geschädigt würde, muß sich der Verleger darauf beschränken, absatzunfähige Werke einzustampfen. Nach dem Gesetz steht dem Verleger das Recht zu, den Ladenpreis herabzusetzen, nicht aber, den Ladenpreis aufzuheben, was bei einer Verramschung geschieht. Wenn diese trotzdem zugelassen wird, so beruht dies lediglich auf § 242 BGB. Das Verramschungsrecht muß daher auch seine Grenzen in dieser Bestimmung finden.

RA. Dr. Wilhelm Ritter, Berlin.

Prof. Dr. Lutz Richter: Heimarbeit (Heft 15 der Heerschild-Schriftenreihe). 2., neubearbeitete Aufl. München 1934. Heerschild-Verlag GmbH. 69 S. Preis 1,20 RM (Doppelheft).

Bei der durchgreifenden Änderung des HausarbG. von 1923 durch das Ges. über Lohnschutz in der Heimarbeit v. 8. Juni 1933 (RGBl. I, 347) war der RArbM. ermächtigt worden, die Fassung des HausarbG. mit dem neuen LohnschG. in Einklang zu bringen und im RGBl. neu bekanntzumachen. Noch bevor von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht worden war, erfuhr das HausarbG. eine weitere Änderung durch das ArbOG. (§ 67): die Vorschriften der §§ 18—48 über die Errichtung und die Aufgaben von Fachausschüssen traten außer Kraft, und der RArbM. wurde wiederum zur Bekanntmachung der Neufassung ermächtigt. Der RArbM. hat auch von dieser Ermächtigung nicht Gebrauch gemacht, sondern statt dessen die Reichsregierung zum Erlaß eines ganz neuen Gesetzes bewogen: des Gesetzes über die Heimarbeit v. 23. März 1934 (RGBl. I, 214).

Mit Rücksicht hierauf hat Lutz Richter seine vorliegende, vor kurzem hier — JW. 1934, 608 — angezeigte Schrift einer Neu-

bearbeitung unterzogen. Lebensnahe Anschauung und anregende Gestaltung des spröden Stoffes zeichnen auch diese 2. Aufl. aus. Die beim ersten Erscheinen der Schrift hier ausgesprochene Erwartung, daß die grundsätzlichen Darlegungen des Verf. durch die damals im Flusse befindliche Neugestaltung des Heimarbeiterrechtes nicht berührt werden würden, hat sich bestätigt. Insbes. hat der Verf. seine Umschreibung des Heimarbeiters als eines Menschen, der im eigenen Heim oder an selbstbeschaffter Betriebsstätte arbeitet, ohne selbst auf den Markt zu treten, unverändert beibehalten können; sie steht nicht in Widerspruch mit der etwas eingehenderen gesetzlichen Begriffsbestimmung in § 3 HeimarbG., deren Inhalt der Verf. (S. 10 ff.) erschöpfend klarlegt, indem er dabei zugleich in bemerkenswerter Weise auf den Bedeutungsunterschied zwischen einer solchen gesetzlichen Begriffsbestimmung und einer aus sozialpolitischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten abgeleiteten Umschreibung hinweist.

RA. Dr. W. Oppermann, Dresden.

Dr. Wilhelm, ORegR. bei der Reichsversicherungsanstalt, und **Stephan**, Verwaltungsamtmann bei der Reichsversicherungsanstalt: **Wegweiser durch die Angestelltenversicherung.** Mit einem Geleitwort von Staatsrat Albert Forster 5. Aufl. (74. bis 91. Tausend). Berlin 1934. Bali-Verlag Berger & Co. 272 S. Preis kart. 4,50 *RM*, geb. 6 *RM*.

Endlich ist die 5. Aufl. des bekannten „Wegweisers" erschienen. Die 4. Aufl. war seit langem vergriffen. Statt einer Neuauflage waren Nachträge zur vierten erschienen, deren dritten ich in JW. 1933, 760 besprochen habe. Die Neuauflage entspricht einem dringenden Bedürfnis. Durch das Gestrüpp der in verschiedenen NotVO. enthaltenen abändernden und neuen Vorschriften war einfach nicht mehr durchzufinden. Durch das Ges. v. 7. Dez. 1933 (RGBl. I, 1039), die VO. des RArbM. v. 17. Mai 1934 (RGBl. I, 419) und das Ges. v. 5. Juli 1934 (RGBl. I, 577) war der Weg für die Neuherausgabe des Wegweisers frei geworden. Zum Lobe des Buches, das allen willkommen sein wird, die mit der Angestelltenversicherung zu tun haben, ist Neues kaum zu sagen. Seinen ersten Teil nimmt eine eingehende, auf die Bedürfnisse der Praxis eingestellte Darstellung des geltenden Rechts ein. Daran schließt sich der vollständige Text des Gesetzes in der jetzigen Fassung, wobei durch Kursivschrift spätere Änderungen und Zusätze hervorgehoben und durch Anmerkungen erläutert sind. Ein dem Buch vorangestellter Paragraphenschlüssel betrifft die durch die VO. vom 17. Mai 1934 in der Zählung der Paragraphen eingetretenen Änderungen und erleichtert das Zurechtfinden. Am Schlusse sind eine Anzahl Gesetze, Verordnungen und Bekanntmachungen abgedruckt, die zum Verständnis des AngVersG. unerläßlich sind, darunter die Beitragsordnung, der sog. Berufsgruppenkatalog und die Übergangsbestimmungen der Abänderungsgesetze, deren Hauptvorschriften in den Text des AngVersG. eingearbeitet sind. Wer sich mit Fragen des Rechts der Angestelltenversicherung zu befassen hat, wird darauf in dem Buche stets Antwort finden.

LGDir. Kersting, Berlin.

Dr. Franz Eichelsbacher, RegR. 1. Kl. im Bayer. Staatsministerium für Wirtschaft, Abt. für Arbeit und Fürsorge: **Reichsversicherungsordnung** nebst Einführungsgesetz, Ergänzungsbestimmungen und Ausführungsvorschriften. Textausgabe nebst Verweisungen und Sachregister. 16. Aufl. Loseblattausgabe. München und Berlin 1934. C. H. Becksche Verlagsbuchh. Preis in Leinen 4,50 *RM*.

Die neue Auflage der bekannten und bewährten Textausgabe der RVO. enthält das Gesetz in der zur Zeit geltenden Fassung, also unter Berücksichtigung der bis Mitte Juli 1934 durch die Ges. v. 7. Dez. 1933 (RGBl. I, 1039) und v. 5. Juli 1934 (RGBl. I, 577) und die VO. des RArbM. v. 17. Mai 1934 (RGBl. I, 419) eingeführten Änderungen. Sie ist „dringenden Wünschen gemäß", wie der Verlag hervorhebt, in Loseblattform, aber in demselben Format und Einband wie die früheren Auflagen erschienen. Ergänzungsblätter mit weiteren Änderungen sollen lieferweise erscheinen zum Preise von 1 *RM* für je 50 Blatt. Im 4. Buche (Invalidenversicherung) sind den neuen Paragraphennummern die alten in Klammern beigesetzt oder ist angegeben, auf welcher NotVO. die Vorschrift beruht. Das ist zum Vergleich mit der früheren Rechtslage sehr zweckmäßig. Auch bei der RVO. war zuletzt infolge der vielen Änderungen durch VO. und Gesetze kaum noch durchzufinden. Die Neuauflage entspricht daher einem Bedürfnis der Praxis. An den eigentlichen Gesetzestext schließen sich das EinfG. v. 19. Juli 1911 und ein Anhang, der die die RVO. ergänzenden und erläuternden Gesetze, Verordnungen und Bekanntmachungen erhält. Die zahlreichen Verweisungen im Text erleichtern das Verständnis der Entstehung und des Zusammenhangs der einzelnen Bestimmungen. Ein eingehendes Sachverzeichnis dient der schnelleren Auffindung der einschlägigen Vorschriften. Das Buch wird auch ohne besondere Empfehlung weiteste Verbreitung finden.

LGDir. Kersting, Berlin.

Deutsche Notar-Zeitschrift, Steuersonderheft (SSH). Jahrg. 1934. Rechtsprechung und Schrifttum im Gebiete des Grunderwerbsteuer-, Kapitalverkehrsteuer-, Erbschaftsteuer-, Wechselsteuer- und preußischen Landesstempelsteuerrechts, bearbeitet von **Siegfried Ott**, RFinR. am Reichsfinanzhof in München. Herausgegeben vom Deutschen Notar-Verein, Berlin W 62, Kalckreuthstr. 2. Das SSH kann auch von Nichtbeziehern der DNotZ. zum Preise von 2 *RM* bezogen werden.

Die Flut der Steuerrechtsprechung und die ständige Veränderung der steuerlichen Verwaltungspraxis, wie sie sich in Dienstanweisungen und Runderlassen kundtut, kann von demjenigen, der nicht immer in Steuersachen zu tun hat, insbes. von dem Notar, nur schwer verfolgt werden. Da kommt dieses Heftchen, das für die Grunderwerbsteuer, die Kapitalverkehrsteuer, die Wechselsteuer und das preußische Stempelsteuerrecht in übersichtlicher, sich an die Paragraphenfolge der Gesetze anlehnender Form Schrifttum und Rechtsprechung der Jahre 1933 und 1934 zusammenstellt, ganz besonders willkommen, weil dadurch die üblicherweise gebrauchten Kommentare auf den neuesten Stand gebracht werden. Daß die Zusammenstellungen wirklich den neuesten Stand darstellen, dafür bürgt schon der Name des Verf., RFinR. Siegfried Ott, der selbst einer unserer ersten Kenner des Verkehrsteuerrechts und insbes. des Grunderwerbsteuerrechts ist. Ähnliche Zusammenstellungen sind bereits in früherer Zeit von der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins gebracht worden, so für das Jahr 1931 in einem Steuersonderheft vom Februar 1932 und für das Jahr 1932 in einem Steuersonderheft vom Februar 1933.

RA. Dr. Heinz Meilicke, Berlin.

Eingegangene Bücher

Schnellkartei der Reichssteuergesetze. Teil I: Die gesamten Reichssteuergesetze. 36. Ersatz- u. Ergänzungslieferung. Ausgegeben Oktober 1934. Köln. Verlag Dr. Otto Schmidt.

Hauptprobleme des bürgerlichen und öffentlichen Rechts. Heft 3 von Wilhelm Franzen. Göttingen-Grone 1934. Rechtswissenschaftlicher Verlag.

Daten und Tage. Warum unser Kalender reformbedürftig ist. Aus dem Englischen übersetzt von Helge v. Bülow. Hrsg. von The Rational Calendar Association, London.

Dr. Fischer: Handkommentar zum Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung. Nachtrag IV. Folge, 1. Heft (N IV 1). Stuttgart 1934. Verlag W. Kohlhammer.

Kleine Fibel zum Einheitsmietvertrag. Gemeinverständliche Anleitung für den Abschluß und die Auslegung von Mietverträgen. (Sonderdruck aus der Zeitschrift „Das Grundeigentum" Heft 36.) Berlin. Kleinformat 28 S. Preis brosch. 0,15 *RM*.

50. Jahrbuch der Gefängnisgesellschaft für die Provinz Sachsen und Anhalt. 1934. Im Selbstverlag der Gefängnisgesellschaft Halle (Saale), Karlstr. 16.

Handwörterbuch der Kriminologie und der anderen strafrechtlichen Hilfswissenschaften. Hrsg. von Dr. Alexander Elster, Berlin, und LGDir. Heinrich Lingemann, Köln. 13. Lief.: Prostitution—Schußwaffenuntersuchung. Berlin u. Leipzig 1934. Verlag Walter de Gruyter & Co. Preis 6 *RM*.

Das Steuerrecht der Reichsabgabenordnung für das Gebiet der Zölle und Verbrauchssteuern. Nachtrag z. 2., neubearb. Aufl. Stand v. 1. Sept. 1934 (Hauptwerk bespr. JW. 1932, 1459). Berlin 1934. Carl Heymanns Verlag. Preis 0,80 *RM* (den jetz. Beziehern des Hauptwerkes wird der Nachtrag kostenlos geliefert).

Archiv für Funkrecht. Hrsg. von der Reichsrundfunkkammer. Heft 1, Okt. 1934, Bd. 7. Berlin. Industrieverlag Spaeth & Linde. Einzelheft Preis 0,50 *RM* (ausschl. Zustellungsgebühr).

Max Sering: Deutsche Agrarpolitik auf geschichtlicher und landeskundlicher Grundlage. (Bericht des dt. Forschungsinstituts für Agrar- und Siedlungswesen an die Int. Konferenz f. Agrarwissenschaft, Herbst 1934.) Mit 20 Abb. und einer farbig. Karte, unter Mitarbeit von Heinrich Niehaus u. Friedrich Schlömer herausgegeben. Leipzig 1934. Hans Buske Verlag. Preis geh. 6 *RM*.

Rechtsprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur mit genauer Angabe der Quelle gestattet; Nachdruck der Anmerkungen verboten! D. S.

A. Ordentliche Gerichte

Reichsgericht

a) Zivilsachen

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser und Huber

[** Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt. — † Anmerkung.]

**1. §§ 133, 157 BGB.; § 150 Abs. 2 Satz 1 VVG. Wenn in einem Haftpflichtversicherungsvertrag bestimmt ist, daß, wenn die Haftpflichtansprüche die Versicherungssumme übersteigen, der Versicherer die Prozeßkosten nur im Verhältnis der Versicherungssumme zur Gesamthöhe der Ansprüche zu tragen habe und daß er in solchen Fällen berechtigt sei, durch Zahlung der Versicherungssumme und des entsprechenden Anteils an den bis dahin entstandenen Kosten sich von weiteren Leistungen zu befreien, so umfaßt der Versicherungsschutz die gesamten Kosten eines Rechtsstreits, durch den ein unbegründeter Anspruch mit einem die Versicherungssumme übersteigenden Streitwert geltend gemacht war, jedenfalls bis zur Höhe der Versicherungssumme und der anteiligen Kosten. Im Falle der Doppeldeutigkeit einer Bestimmung des Versicherungsvertrages muß die für den Versicherungsnehmer günstigere Auslegung entscheidend sein.†)

Der Bekl. war bei der Kl. gegen gesetzliche Haftpflicht bei Personenschäden in Höhe von 50000 *RM* versichert. P. machte solche Haftpflicht in Höhe von 176000 *RM* geltend. Seine Klage ist rechtskräftig abgewiesen worden. Die Kl. hat dem Bekl. nach Maßgabe ihrer Allgemeinen Versicherungsbedingungen für Haftpflichtversicherung (AVB.) Versicherungsschutz gewährt, indem sie den Rechtsstreit in seinem Namen auf ihre Kosten geführt hat. Erstattung ihrer Kosten kann sie von P. nicht erlangen. Von dem Bekl. fordert sie Zahlung des Unterschiedsbetrages zwischen den Kosten eines Streitwerts von 50000 *RM* (Versicherungssumme) und den durch den Anspruch des P. tatsächlich entstandenen. Den Unterschied beziffert die Kl. auf 6957 *RM*. Sie stützt ihren Anspruch auf den § 3 III 1 AVB.:

„Übersteigen die Haftpflichtansprüche die Versicherungssumme, so hat die Gesellschaft die Prozeßkosten nur im Verhältnis der Versicherungssumme zur Gesamthöhe der Ansprüche zu tragen, und zwar auch dann, wenn es sich um mehrere aus einem Schadensereignis entstehenden Prozesse handelt. Die Gesellschaft ist in solchen Fällen berechtigt, durch Zahlung der Versicherungssumme und ihres der Versicherungssumme entsprechenden Anteils an den bis dahin entstandenen Kosten sich von weiteren Leistungen zu befreien."

Der Bekl. ist der Ansicht, diese Bestimmung sei hier nicht anwendbar, weil es sich um die Abwehr unbegründeter Ansprüche handle; in einem solchen Falle habe die Gesellschaft schlechthin alle Prozeßkosten auf Grund des von ihr zu gewährenden Versicherungsschutzes zu tragen.

Das LG. hat die Klage abgewiesen, das OLG. den Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. RG. hat aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Das LG. ist mit dem Bekl. der Ansicht, daß sich die Bestimmung des § 3 III 1 AVB. nur auf Fälle beziehe, in denen die Gesellschaft den Versicherungsschutz durch Befriedigung berechtigter Ansprüche zu gewähren habe und diese die Versicherungssumme überstiegen, indem es unter Haftpflichtansprüchen nicht die erhobenen, sondern die begründeten versteht und auf die Auslegung des § 150 Abs. 2 VVG. durch den erk. Sen.: RG. 124, 235[1]) (237) hinweist, wonach trotz vereinbarter Versicherungssumme eine entsprechende Beschränkung der Kostenpflicht nicht besteht, wenn der Versicherungsnehmer den Rechtsstreit auf Veranlassung des Versicherers führt.

Das BG. sieht dagegen in der Bestimmung eine zulässige Einschränkung des § 150 Abs. 2 VVG., die alle Haftpflichtansprüche, auch die unbegründeten, umfasse. Es meint, dem Bekl. könne auch darin nicht beigepflichtet werden, daß von einer Doppeldeutigkeit des § 3 III 1 gesprochen werden müsse, die nach Treu und Glauben zu Lasten der für Klarheit in ihren Bedingungen verantwortlichen Kl. gehe.

Zu 1. Das Urt. ergibt einen wenig erfreulichen Beleg für die unbefriedigende und die Belange und festgewurzelten Gestaltungen der Versicherung mit souveräner Gleichgültigkeit beiseiteschiebende Behandlung der AllgVersBed. seitens des RG. Wie kommen denn heutzutage AllgVersBed. zustande? Das Ergebnis jahrelanger Entwicklungsreihen und der vereinten Erfahrungen des gesamten Versicherungszweiges, sorgsam gesichtet und zusammengefaßt in mühevollen, auf dem Fuße vollster Gleichberechtigung zwischen den Spitzenverbänden geführten Verhandlungen, besiegelt durch die Prüfung und Genehmigung des RAufsA. — es ist klar, daß dies eine ganz andere Würdigung erheischt als eine flüchtig und willkürlich zusammengehauene Vertragsklausel, die man freilich durch die bequeme Celsinische Formel der alten Römer von der ambiguitas aufs einfachste abfertigen kann. Das RG. selbst hat dies anerkannt, indem es grundsätzlich den Bedingungen die Gesetzesauslegung und die freie Nachprüfung in der RevInst. zubilligt. Grundsätzlich wohl, aber die Anwendung im Einzelfalle? Man betrachte die vorl. Klausel, die an Deutlichkeit und Unmißverständlichkeit wahrlich nichts zu wünschen übrig läßt: Was unter „Haftpflichtansprüchen" und unter „Versicherungssumme" zu verstehen ist, ist keinem Zweifel zugänglich, die Übertragung des Verhältnisses beider Summen auf die Prozeßkosten ein reines Rechenexempel, die Beschränkung der Erstattungspflicht des Versicherers auf den so ermittelten Betrag klar ausgesprochen. Das RG. bringt eine Beschränkung hinein und will die Regel nur auf diejenigen Kosten beziehen, welche „über die Versicherungssumme hinaus" erwachsen sind. Irgendwelcher Anhalt für diese Beschränkung ist beim besten Willen nicht herauszufinden; die Klausel bezieht sich klar und deutlich auf „die Prozeßkosten" — die Beschränkung auf die Versicherungssumme und der dem Haftpflichtversicherer eingeräumte Abandon stehen auf einem ganz anderen Brette (vgl. hierüber unten). Es ist also eine durchaus willkürliche und haltlose, dem Zweck und Inhalt der Klausel völlig fremde Einschiebung, aus der das RG. den Schluß gewinnt, daß die Vorschr. eine andere „Deutung" oder „Annahme" zulasse und daß sich bei ihrer „Auslegung Unklarheiten ergäben, die jedenfalls zugunsten des Versicherers nicht zu beheben" seien. Auf diesem Wege wird man dem RG. schwerlich folgen können, wenn man mit der Rechtsverbindlichkeit der AllgVersBed. überhaupt Ernst machen will.

Die Rechtsfrage selbst ist im rechtswissenschaftlichen Schrifttum wiederholt behandelt worden. Bisher hat man die entgegengesetzte Entsch. einfach als selbstverständlich angesehen; vgl. Bruck, VVG. [1932] § 150 Anm. 6 u. 10 S. 420 f.; Privatversicherungsrecht § 29 bei Anm. 71 S. 355: „Die Abwehrkosten des weitergehenden Anspruchs des Dritten fallen dem Versicherer ebensowenig zur Last, wie er auch nicht die Rettungskosten für unversicherte Sachen zu tragen hat." Um sich das Verhältnis richtig klarzumachen, muß man zunächst die Heranziehung anderer Rechtsätze ausschließen, welche mit der Sache nichts zu tun haben.

Das eine ist der Abandon des Haftpflichtversicherers, d. h. sein Recht, sich ähnlich wie der Transport- und Seeversicherer durch Zahlung der Versicherungssumme und des ihr entsprechenden

[1]) JW. 1929, 2058.

Da es sich bei den AVB. um sog. typische Vertragsbedingungen handelt, unterliegen sie der selbständigen Nachprüfung durch das RevG.

Die Rechtsvorgängerin der Kl., mit welcher der Bekl. im März 1924 den Versicherungsvertrag geschlossen hat, weist in der Anlage zu dem damals aufgestellten Versicherungsschein darauf hin, daß dem Versicherten durch die Haftpflichtversicherung Schutz gewährt werde:

1. gegen unberechtigte Ansprüche, weil sie in diesem Fall auf ihre Kosten und Gefahr für die Abwehr solcher Ansprüche eintrete;
2. gegen begründete Ansprüche, für welche der Versicherte nach den gesetzlichen Bestimmungen hafte, weil sie in diesem Falle dem Versicherten die zu leistenden Entschädigungen ersetze.

Das entspricht der Bestimmung im § 3 II 1 AVB.. Nach § 3 II 2 das. bilden die in dem Versicherungsschein angegebenen Versicherungssummen die Höchstgrenze bei jedem Schadensereignis. Kommt es in einem Versicherungsfall zu einem Rechtsstreit über den Anspruch zwischen dem Versicherungsnehmer und einem Geschädigten, so führt die Gesellschaft den Rechtsstreit im Namen des Versicherungsnehmers auf ihre Kosten (§ 3 II 3). Nach § 3 II 4 werden die Aufwendungen der Gesellschaft für Kosten nicht als Leistungen auf die Versicherungssumme angerechnet. Diese Bestimmungen werden ergänzt durch diejenigen des VVG., soweit in ihnen nicht eine von dem Gesetz abweichende Regelung erfolgt ist. Nach § 150 VVG. umfaßt die Versicherung die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten, die durch die Verteidigung gegen den von einem Dritten geltend gemachten Anspruch entstehen, soweit die Aufwendung der Kosten den Umständen nach geboten ist, und zwar gilt dies auch dann, wenn sich der Anspruch als unbegründet erweist. Die Versicherung betrifft in einem solchen Falle die eigenen Kosten des Versicherungsnehmers, wenn sie von dem Gegner nicht zu erlangen sind. Dies gilt unbeschränkt, wenn keine Versicherungssumme bestimmt ist. Ist das dagegen, wie hier, der Fall, so hat nach § 150 Abs. 2 Satz 1 VVG. der Versicherer Kosten, die in einem auf seine Veranlassung geführten Rechtsstreit entstehen, auch insoweit zu ersetzen, als sie die Versicherungssumme übersteigen. Hier greift nun die im Tatbestande mitgeteilte Bestimmung des § 3 III 1 AVB. ein, die vorsieht, daß der Versicherer Kosten über die Versicherungssumme hinaus nur im Verhältnis der Versicherungssumme zur Gesamthöhe der Ansprüche zu tragen hat. Diese Regelung enthält demnach allerdings eine Einschränkung des § 150 Abs. 2 Satz 1 VVG. insofern, als die Leistungspflicht des Versicherers, wenn und soweit die Kosten die Versicherungssumme übersteigen, durch die Bestimmung herabgesetzt wird, daß der Versicherer Kosten über die Versicherungssumme hinaus nur von einem Streitwerte in deren Höhe zu tragen hat. Nach Ansicht der Kl., der das VG. beigetreten ist, soll das zur Folge haben, daß bei unbegründeten Ansprüchen, also in Fällen, in denen — wie hier — ein gegen den Versicherungsnehmer erhobener Haftpflichtanspruch rechtskräftig abgewiesen worden ist, die Versicherung Kosten eines von ihr geführten Prozesses nur von einem Streitwert in Höhe der Versicherungssumme zu tragen habe. Das würde zu dem § 150 VVG. und den mitgeteilten Sätzen der Versicherungsbedingungen in Widerspruch stehen. Im § 3 III 1 AVB. ist solches jedenfalls nicht zum Ausdruck gekommen. Diese Bestimmung läßt zunächst durchaus die Deutung zu, die ihr das LG. gegeben hat, die Versicherungsgesellschaft habe ihre Verpflichtung zur Zahlung der anteiligen Prozeßkosten auf den Fall beschränken wollen, daß sie die bedungene Versicherungssumme zahlen müsse. Wenn darin gesagt wird:

> „übersteigen die Haftpflichtansprüche die Versicherungssumme ..., so ist die Gesellschaft berechtigt, durch Zahlung der Versicherungssumme und ihres der Versicherungssumme entsprechenden Anteils an den bis dahin erwachsenen Kosten sich von weiteren Leistungen zu befreien",

so konnte der Versicherungsnehmer nach Treu und Glauben daraus sehr wohl entnehmen, daß die Berechtigung der Kl., nur die anteiligen Kosten zu zahlen, ihre Verpflichtung zur Zahlung der Versicherungssumme, also einen begründeten Haftpflichtanspruch zur Voraussetzung habe. Aber auch wenn man der Kl. darin folgt, daß sich die Bestimmung des § 3 III 1 AVB. auch auf die Fälle bezieht, in denen eine Versicherungssumme bestimmt ist, und ein unbegründeter Anspruch erhoben wurde, so würde sich daraus nicht notwendig ergeben, daß die Kl. von den entstandenen Kosten solche nur in Höhe des Wertes der Versicherungssumme zu tragen habe. Nach dem oben mitgeteilten Zwecke des § 3 III 1 AVB. würde dann vielmehr die Annahme zuzulassen sein, daß die Kl. auch bei unbegründeten Haftpflichtansprüchen

---

Anteils an den bis dahin entstandenen Kosten von weiterer „in ihrem Ausmaß schwer zu übersehenden Verpflichtung" zu befreien (vgl. Bruck, Privatversicherungsrecht, § 33 bei Anm. 72 S. 418 f.). Es ist schwer zu sagen, wieso hieraus „nach Treu und Glauben" etwas für die Auffassung des RG. sollte gefolgert werden können; offenbar hat diese Vorschr. sowohl für die eine als für die andere Auslegung der Kostenfrage ihren guten Sinn und Zweck.

Das andere ist die Begrenzung der Kostenhaftung des Versicherers durch die Versicherungssumme. Auch diese Vorschr. zielt nach einer ganz anderen Seite als nach der Regelung der Frage, wieweit der Versicherer an sich für die Kosten haftbar gemacht werden kann. Die gesetzlichen sowohl als die bedingungsmäßigen Vorschr. über diesen Punkt sind bekanntlich etwas verwickelt und undurchsichtig; ihre Hineinziehung dient nur dazu, das Verständnis für die reine Sachlage zu verwirren und die Begr. zu verdunkeln.

Die reine Sachlage: Wie ist die Kostentragung zu regeln, wenn eine Versicherungssumme bestimmt ist und der Dritte darüber hinausgehende Ansprüche (vielfach ungeheuerlichen Ausmaßes) erhebt, über die in demselben Rechtsstreit zu verhandeln ist? Es sind also, m. a. W., in diesem einen Rechtsstreit das Interesse des Haftpflichtversicherers, begrenzt durch die Versicherungssumme, und das Interesse des Versicherungsnehmers, soweit die Ansprüche darüber hinausgehen, zu einer mehr oder weniger untrennbaren Einheit verkoppelt. Ehrenberg hat darüber in der ZVersWiss. 1923, 261 bis 268 einen so lichtvollen und eingehenden Aufsatz veröffentlicht, daß es wirklich schade ist, daß das RG. auch darüber mit Stillschweigen hinweggeht. In dem Urt. RG. VII v. 14. Mai 1929, RG. 124, 235 = JW. 1929, 2058 hat das RG. beim Mangel vertraglicher Regelung dieses Punktes in den Bedingungen zuungunsten des Versicherers entschieden. Das Urt. hat s. Z. in den Kreisen der Haftpflichtversicherung unliebsamstes Aufsehen erregt, vgl. Kast, JurRdschPrVers. 1929, 297 f., welcher dem RG. vorwirft, daß das Urt. „auf einer sehr äußerlichen und oberflächlichen Auslegung des § 150 VVG." beruhe und „an dem eigentlichen Kernpunkt der Frage überhaupt vorbeigehe". In dem vorl. Urt. geht das RG. noch einen Schritt weiter und will seine Auffassung auch gegen die ausdrückliche und unzweideutige vertragliche Regelung durchsetzen (vgl. dagegen vom Standpunkt der öffentlichen Versicherungsanstalten Freytag, Öffentlichr. V. [Praxis] 1934, 76).

Sieht man einmal von dieser vertraglichen Regelung ab, so muß zugegeben werden, daß die Auffassung des RG. manches für sich hat. Ehrenberg, a. a. O. Anm. 1 S. 263, meint, daß „hier nicht ein objektives Moment (die Höhe des Schadens) für den Anteil des Versicherungsnehmers maßgebend sein würde, sondern ein ganz willkürliches subjektives Moment, nämlich die Höhe des von dem Dritten erhobenen Anspruchs". Anders ausgedrückt, es hat etwas störend Formalistisches, die Kosten zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer nach dem Verhältnis der Beteiligung beider an der Hauptsache auch dann zu verteilen, wenn diese Hauptsache, d. h. die Verurteilung auf die Klage des Dritten, noch völlig in der Luft schwebt oder der Anspruch gar abgewiesen wird. Die eine Aufgabe der Haftpflichtversicherung, der Rechtsschutz, steht eben selbständig neben der andern, der sachlichen Befriedigung der Haftpflichtansprüche, und es läßt sich sehr wohl der Standpunkt vertreten, daß die Festsetzung einer Versicherungssumme lediglich die letztere Aufgabe angeht, nicht aber die erstere. Die beiden Urt. des RG. sind ein beredtes Zeugnis dafür, wie widerwärtig die Versagung des Versicherungsschutzes in diesem verhältnismäßig selten auftauchenden Nebenpunkte in weiteren Kreisen empfunden wird. Solange aber die vertragliche Regelung in Kraft steht, muß sie eben auch innegehalten werden. Die Versicherungsbedingungen sind das Mittel, mit dem der Versicherer die Belange der Versichertengesamtheit gegenüber dem Interesse des einzelnen wahrt. Es geht nicht an, dieses dem Gemeinnutz dienende Bestreben aus vermeintlichen, lediglich auf den Vorteil des einzelnen Versicherungsnehmers abgestellten Billigkeitserwägungen heraus durch ebenso künstliche als abwegige Konstruktionen zu durchkreuzen.

Geh. JR. Dr. jur. h. c. Otto Hagen, Berlin.

Kosten bis zur Höhe der Versicherungssumme unbeschränkt, darüber hinaus solche aber nur von einem Streitwert in deren Höhe zu tragen habe. Danach ergeben sich bei der Auslegung des § 3 III 1 AVB. Unklarheiten, die jedenfalls zugunsten der Kl. nicht zu beheben sind. Deshalb muß die für den Versicherungsnehmer günstigere Auslegung entscheidend sein, da die Kl., wenn sie eine Vertragsbedingung mit dem von ihr behaupteten Inhalt aufstellen wollte, dafür hätte sorgen müssen, daß diese eindeutig nur so verstanden werden konnte.

Die Kosten des von der Kl. für den Bekl. geführten Prozesses muß sie sonach in vollem Umfange tragen, weil ihr Gesamtbetrag weit hinter der Versicherungssumme von 50000 RM zurückbleibt.

(U. v. 19. Juni 1934; VII 72/34. — Dresden.) [H.]

**2. §§ 157, 242, 276, 319, 360 BGB.; § 550 ZPO.

I. Rechtsgrundlage von Verwirkungsklauseln. Auf die Verletzung einer Verwirkungsklausel und insbes. auf die Versäumung einer Ausschlußfrist kann sich der Versicherer oder der sonstige Vertragsgegner nicht berufen, wenn die Versäumung dem Versicherten nicht zum Verschulden gereicht, wenn sie also durch besondere Umstände entschuldigt wird. Dieser Rechtsgrundsatz aus dem Gebiet des Versicherungsrechts gilt auch für andere Rechtsgebiete.

II. Die Frage, ob im Rechtsverkehr ein Verstoß gegen Treu und Glauben stattgefunden hat, und ob in festgestellten Vorgängen ein Verschulden i. S. des § 276 BGB. zu finden ist, stellt keine reine Tatfrage, sondern zugleich eine der Nachprüfung durch das RevG. unterliegende Rechtsfrage dar.

III. Liegt eine echte Verwirkungsabrede vor, dann kommt bei deren Eintritt eine Bestimmung der Leistung durch Urt. nach § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB. nicht in Betracht.†)

Der Kl. ist Krankenkassenarzt in B. Der Bekl. zu 1 ist ein gem. § 406 RVO. für den Bezirk eines VersA. gebildeter Krankenkassenverband. Die Bekl. zu 2 ist eine kassenärztliche Organisation i. S. der Ziff. III der Richtlinien des Reichsausschusses für Ärzte und Krankenkassen für den allgemeinen Inhalt der Arztverträge v. 12. Mai 1924 (RArbBl. 1924, 205), jetzt § 2 der Vertragsrichtlinien v. 14. Nov. 1928. Diese Richtlinien haben ihre Rechtsgrundlage in der Vorschr. des § 368e RVO.

Zwischen den beiden Bekl. bestand für das Jahr 1927 ein kassenärztlicher Kollektivvertrag.

Der Kl., der i. J. 1927 nicht Mitglied der Bekl. zu 2 war, hat sich dem zwischen den beiden Bekl. bestehenden Gesamtvertrag als Kassenarzt dadurch unterworfen, daß er einen Verpflichtungsschein unterschrieben hat, der dem in Ziff. III Abs. 3 der Richtlinien v. 12. Mai 1924 beziehungsweise § 1 des Gesamtvertrages angegebenen Inhalt entspricht. Kassenärzte, die nicht Mitglieder der Bekl. zu 2 waren, erhielten nach § 54 Abs. 3 des Gesamtvertrages die Vergütungen für die kassenärztlichen Leistungen unmittelbar durch den Bekl. zu 1 ausgezahlt, während die Bekl. zu 2 die Höhe der Vergütungen festzusetzen hatte.

Für die Behandlung von Kassenpatienten i. J. 1927 hat der Kl. bisher kein Honorar erhalten. Er hat die Unterlagen für die Festsetzung der Höhe des Honorars der Bekl. zu 2 erst Ende 1928 eingereicht. Mit der vorl. Klage macht der Kl. Ansprüche auf Festsetzung und Auszahlung seines Honorars für das Jahr 1927 gegen beide Bekl. geltend.

I. Nach § 54 des kassenärztlichen Gesamtvertrags hatte der Kl., der sich durch Ausstellung des Verpflichtungsscheins den Best. des Kollektivvertrags unterworfen hatte, einen Anspruch auf Auszahlung des Honorars für seine kassenärztlichen Leistungen nur gegen den Bekl. zu 1. Zu der Frage, ob dem Kl. gegen die Bekl. zu 2 ein vertraglicher Anspruch auf Festsetzung der Höhe des kassenärztlichen Honorars zustand, nimmt das BG. nicht Stellung; es unterstellt einen solchen Anspruch, erachtet ihn jedoch auf Grund des § 16 der Allgemeinen kassenärztlichen Geschäftsanweisung für B. für verwirkt. § 16 der Geschäftsanweisung, auf dessen Auslegung und Anwendung es für die Entsch. des Rechtsstreits wesentlich ankommt, bestimmt unter der Überschrift „Kassenärztliche Abrechnung" u. a. folgendes:

„Die von den Ausweisen abgetrennten bzw. zu den Krankenscheinen beigebrachten Gutscheine und die Überweisungsscheine sind von dem Arzt zusammen mit einer Abrechnung spätestens am achten Tage nach Ablauf eines jeden Vierteljahres zu übermitteln" (und zwar der Bekl. zu 2);

„Einspruch gegen die Richtigkeit des gezahlten Honorars ist nur innerhalb 14 Tagen nach Empfang desselben zulässig.

Verspätet eingehende Gutscheine und Liquidationen können nur bei besonderer Begr. honoriert werden."

Bei Prüfung der Frage, ob es sich bei den in § 16 der Geschäftsanweisung bezeichneten Fristen um sogenannte Ausschlußfristen handelt, deren Nichteinhaltung eine Rechtsverwirkung zur Folge hat, ist davon auszugehen, daß die Best. der kassenärztlichen Gesamtverträge über die Abrechnung der kassenärztlichen Leistungen, die Einreichung der Liquidationen und die Festsetzung der kassenärztlichen Vergütungen durch die Organe der Kollektivvertragsparteien darauf abzielen, ein rasches und möglichst wenig umständliches Verfahren für die Erledigung der Arztrechnungen einzuführen (RG. 124, 35[1])

Zu 2. 1. Der Entsch. ist im konkreten Endergebnis zuzustimmen, nicht dagegen in allen Einzelheiten. Daß auf die Verletzung einer Verwirkungsklausel und auf die Versäumung einer Ausschlußfrist sich der Verzögerer nicht berufen kann, wenn die Verletzung bzw. Versäumung dem Versicherten nicht zum Verschulden gereicht, ist im § 6 VVG. v. 30. Mai 1908 in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise geregelt. Dagegen besteht keinerlei zwingender Grund diesen Grundsatz zu verallgemeinern und auf jeden Vertrag anzuwenden. Auch die Berufung auf Treu und Glauben vermag diese Verallgemeinerung nicht zu rechtfertigen. Im Gegenteil! Die Ausschlußfristen sind im Gesetz generell nicht geregelt zum Unterschied von den völlig davon verschiedenen Verjährungsfristen. In einzelnen Fällen sind die Ausschlußfristen speziell geregelt, so z. B. in den §§ 1002 Abs. 2, 1339 Abs. 3 und 1571 Abs. 4 BGB. Der einzige positivrechtliche allgemeine Anhaltspunkt im Gesetz ist daher § 360 BGB., den auch das RG. hier zur Anwendung bringt. Aber gerade dieser Paragraph gibt keinerlei Unterlage für die Ansicht, daß die Rechtswirkung der Versäumung einer Ausschlußfrist nur bei Verschulden eintrete. Im Gegenteil: Zunächst unterscheidet sich der Wortlaut dieses Paragraphen sehr klar von dem des § 339 BGB., der in dem hier in Frage stehenden Punkte enge Verwandtschaft besitzt. Er verlangt ausdrücklich für den Eintritt der Rechtswirkung „Verzug", also in der Regel ein Verschulden (übrigens durchaus nicht in allen Fällen!). Hätte der Gesetzgeber für § 360 dieselbe Voraussetzung gewollt, so hätte er den Paragraphen ähnlich dem Wortlaut des § 339 formulieren können und müssen. Daraus, daß er es nicht getan hat, muß man aber den Schluß ziehen, daß ein technischer Verzug und hiermit in der Regel ein Verschulden zum Eintritt der Verwirkungsklausel nicht erforderlich ist. Dies schließt nicht aus, daß im Einzelfall die Parteien etwas Diesbezügliches positiv vereinbaren oder daß unter Berücksichtigung der speziellen Umstände eine solche Vereinbarung zu unterstellen ist oder nach Treu und Glauben billig erscheint.

Daß der Gesetzgeber ferner auch nicht etwa diesen Gesichtspunkt übersehen hat, dafür spricht seine Erörterung in den Motiven Bd. 2 S. 285/86: „Da es sich um einen allgemeinen Grundsatz handelt, kann der Tatbestand, welcher dem Gläubiger das Recht zum Rücktritt vom Vertrage gibt, im Gesetze nicht präzisiert werden, weshalb der Entwurf den allgemeinen Ausdruck ‚eintretenden Falles' gewählt hat. Dies gilt insbes. von dem Falle, in welchem die Verwirkungsklausel an die Verspätung der Erfüllung geknüpft ist. Es ist Tatfrage, ob und inwiefern die Nichterfüllung zur bestimmten Zeit allein schon dem Berechtigten unbeschränkt das Recht zum Rücktritt gewährt, oder ob und inwiefern noch die Erfordernisse der mora hinzutreten müssen, und ob der Schuldner nicht befugt sein soll, Tatumstände, welche die mora ausschließen, gegen das Rücktrittsrecht verteidigungsweise geltend zu machen."

Dieser Grundsatz ist m. E. völlig richtig. Die einzelnen Fälle sind erfahrungsgemäß zu verschieden, als daß eine generelle interpretative Norm, wie es das RG. in obiger Entsch. tut, mit Sicherheit aufgestellt werden könne. Treu und Glauben, die selbstverständlich wie auf allen Gebieten unseres Rechts so auch hier — heute mehr

[1]) JW. 1929, 2259.

und Anm. zu dieser Entsch.: JW. 1929, 2264[7] u. [8]). Bei Berücksichtigung der Tatsache, daß die Prüfungs- und Festsetzungsinstanzen der ärztlichen Vereinigung in Großstädten gleichzeitig jeden Monat oder jedes Vierteljahr viele Tausende von kassenärztlichen Liquidationen zu prüfen haben, und daß je nach der Art des im Gesamtvertrag gewählten Vergütungssystems unter Umständen auch die Festsetzung der Honorare von Kassenärzten, die ihre Unterlagen rechtzeitig eingereicht haben, von dem Eingang aller Liquidationen der Ärzte des gesamten Bezirks abhängig ist, weil sich erst dann die Summe der auf jeden Kassenarzt entfallenden Vergütung feststellen läßt, ist es ohne weiteres erklärlich, daß ein Bedürfnis besteht, auf möglichst rasche und allseitige Einreichung der Liquidationen hinzuwirken und dies durch Androhung weitgehender Rechtsnachteile zu erzwingen. Danach ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das BG. die Vorschr. des § 16 als Verfallklauseln ansieht, die bei Nichteinhaltung eine Rechtsverwirkung nach sich ziehen. Das ist in § 16 zwar nicht juristisch scharf zum Ausdruck gelangt, Zweck und Bedeutung dieser Vertragsbestimmung ist aber ihrem Wortlaut und ihrem Sinn mühelos zu entnehmen. Wenn aber in § 16 bestimmt ist, daß verspätet eingehende Gutscheine und Liquidationen nur bei besonderer Begr. honoriert werden, so ergibt sich hieraus ohne weiteres zweifelsfrei, daß, wenn diese besondere Begr. nicht erfolgt, oder wenn sie die Säumigkeit des Kassenarztes nicht zu rechtfertigen in der Lage ist, eine Honorierung für die kassenärztlichen Leistungen nicht mehr stattfindet.

Ihre Rechtsgrundlage findet eine solche Verwirkungsabrede in § 360 BGB.; die Verwirkungsklauseln kommen besonders häufig auf dem Gebiete des Versicherungsrechts vor, und zwar sowohl vor wie nach Erlaß des Gesetzes über den Versicherungsvertrag v. 30. Mai 1908 (RGBl. 263). Während nun in der älteren Rspr. als Rechtsregel anerkannt ist, daß eine Ausschlußfrist ohne Rücksicht auf ein Verschulden des mit dem Rechtsverlust Bedrohten läuft, und zwar sogar dann, wenn derjenige, der innerhalb einer solchen Frist eine Handlung vorzunehmen hat, zur Vornahme dieser Handlung gar nicht imstande ist (RG. 48, 164; RG.: JW. 1911, 805[6]), hat die spätere Rspr. des RG. namentlich auf dem Gebiet der Versicherungsverträge aber auch für andere Rechtsgebiete angenommen, daß der Versicherer nach den Grundsätzen von Treu und Glauben sich im Zweifel, das heißt beim Mangel einer entgegenstehenden Vereinbarung, auf die Verletzung einer Verwirkungsklausel und insbes. auf die Versäumung einer Ausschlußfrist dann nicht berufen kann, wenn die letztere dem Versicherten nicht zum Verschulden gereicht, wenn sie also durch besondere Umstände entschuldigt wird (RG. 62, 191; 69, 176[2]); 70, 44[3]); 71, 440; zit. JW. 1911, 805[6] mit Nachweisungen RGWarn. 1913 Nr. 26 und 1919 Nr. 161; vgl. auch RG.: JW. 1906, 111[9]).

II. Die vorstehend erörterten Rechtsgrundsätze sind in Ermangelung einer abweichenden Vereinbarung auch auf das Rechtsverhältnis des Kl. zu der ärztlichen Vertragsgemeinschaft anwendbar, obgleich der Kl. nicht deren Mitglied ist. Bei Prüfung der Frage, ob die verspätete Einreichung der Gutscheine und Liquidationen des Kl. eine Rechtsverwirkung im Gefolge hat, kommt es hiernach ausschlaggebend darauf an, ob den Kl. ein Verschulden an der verspäteten Einreichung trifft oder nicht (RGWarn. 1913 Nr. 223). Die Auslegung des Kollektivvertrags und der einen Bestandteil dieses Vertrags bildenden Geschäftsanweisungen ist, wie das gesamte Vertragswesen und der Rechtsverkehr überhaupt, von dem Grundsatz des § 157 BGB. beherrscht, wonach Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Es ist nun nicht zu verkennen, daß der Kl. in der Zeit von 1926 bis 1928 von einer Reihe von Schicksalsschlägen betroffen worden ist, die ihm die Erfüllung der durch Unterzeichnung des Verpflichtungsscheins den Bekl. gegenüber eingegangenen Verbindlichkeiten zweifellos erheblich erschwert haben. Wenn trotzdem das BG. zu der Überzeugung gelangt ist, daß die Säumnis des Kl. nicht als entschuldbar angesehen werden könne, so beruht dies im wesentlichen auf der tatrichterlichen Würdigung der Beweisaufnahme und der gesamten Umstände des Falles. Die Frage, ob im Rechtsverkehr ein Verstoß gegen Treu und Glauben stattgefunden hat, und ob in festgestellten Vorgängen ein Verschulden i. S. des § 276 BGB. zu finden ist, stellt allerdings keine reine Tatfrage, sondern zugleich eine der Nachprüfung durch das RevG. unterliegende Rechtsfrage dar (RG. 60, 34; RG. bei Gruch. 48, 593; RG.: JW. 1906, 457[9]; 1907, 46[4]). Allein diese von dem RevG. vorgenommene Nachprüfung läßt nicht erkennen, daß das BG. bei Prüfung der Verschuldensfrage diese Rechtsgrundsätze oder die Berücksichtigung der Anforderungen von Treu und Glauben bei Auslegung des Vertrages außer acht gelassen hätte. Bei alledem darf nicht außer acht gelassen werden einmal, daß nach der Rspr. zum Versicherungsrecht, deren Grundsätze unbedenklich auch auf den vorl. Fall anzuwenden sind, in Ermangelung gegenteiliger Abreden schon leichte Fahrlässigkeit zur Verwirkung des

---

denn je — zur Anwendung gebracht werden müssen, erfordern daher gerade das Gegenteil von dem, was das RG. hier als Grundsatz aufstellt: nicht eine starre Norm, sondern elastische Entscheidung nach Lage des Einzelfalles, wobei nicht nur das Interesse des einen Teiles, sondern beider Teile zu berücksichtigen und gegenseitig abzuwägen ist.

Diese, nach dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des § 360 richtige Ansicht wurde auch früher vom RG. vertreten, so in der auch hier zum Beweis des Gegenteils zit. Entsch. (RG. 48, 164): „Dazu kommt aber, daß ... die Ausschlußfristen regelmäßig ohne Rücksicht darauf laufen, ob derjenige, welcher innerhalb der Frist eine Handlung vorzunehmen hat, dazu imstande ist oder nicht." Die hier ferner zit. Entsch. (RG. 62, 191; 69,176 = JW. 1908, 531; 70, 44 = JW. 1909, 25; 71, 440 = JW. 1909, 695) beziehen sich ausschließlich auf Ausschlußfristen und Verwirkungsklauseln in Versicherungsverträgen. Sie liegen alle vor dem Inkrafttreten des VVG. von 1908 und sprechen einen Grundsatz aus, der in dem oben erwähnten § 6 VVG. zur Gesetzesnorm erhoben wurde. Daß im Versicherungsrechte, wo es sich meist darum handelt, den wirtschaftlich schwächeren Versicherten zu schützen, etwas anderes gilt für die Ausschlußfrist als für die bunten Möglichkeiten aller übrigen Verwirkungsklauseln, kann nicht bestritten werden. Aus dieser in der Besonderheit des Versicherungsrechtes begründeten Norm darf aber keineswegs eben wegen der verschiedenartigen Lagerung der hier möglichen Fälle der Schluß auf eine Verallgemeinerung gezogen werden. Die Berufung auf § 6 VVG. und die ihm vorausgehenden, oben angeführten Entsch. ist daher nicht angängig.

Mit Recht haben sich daher schon früher Oertmann (JW. 1919, 570 und Komm. 4 zu § 360) und Enneccerus (Lehrbuch, 17. Aufl., § 264, 3) gegen diese Interpretation des § 360 gewandt. Übrigens hat das RG. in einer anderen späteren Entsch. selbst eine andere, beifallswerte Auffassung vertreten: RG. 92, 391: Insbes. hinge der Rücktritt nach § 360 nicht davon ab, daß die Kl. in Verzug geraten sei. Denn die in § 360 geordnete sog. Verwirkungsklausel könne auch so gemeint sein, daß allein die Tatsache des Unterbleibens der Leistung das Rücktrittsrecht begründet. Also Abstellung auf den konkreten Fall, keine generelle Interpretation zu § 360!

Somit kann zusammenfassend gesagt werden: Weder Wortlaut noch Entstehungsgeschichte des § 360 rechtfertigen die Auffassung, daß die Rechtswirkung der Verfallklausel bzw. der Ausschlußfrist prinzipiell an ein Verschulden des Gegners geknüpft sei. Ebensowenig vermag die positivrechtliche Regelung des § 6 VVG. wegen der Besonderheit des Versicherungsrechtes diese generelle Interpretation des § 360 BGB. zu stützen. Endlich vermag noch der Grundsatz von Treu und Glauben nicht eine solche allgemeine Deutung dieses Paragraphen zu begründen, vielmehr verlangt gerade die billige Berücksichtigung der Interessen beider Parteien bei der bunten Verschiedenheit der hier möglichen Fälle eine genaue Untersuchung aller Umstände des konkreten Falles.

Wie willkürlich das hier ausgesprochene Postulat eines Verschuldens für § 360 ist, geht daraus hervor, daß der ähnlich gelagerte Fall des § 339 nur Verzug positivrechtlich erfordert. § 360 würde also nach dieser Auslegung bald über § 339 hinausgehen (§ 279!), bald ihn an Strenge der Voraussetzungen nachstehen; denn Verzug setzt nicht Verschulden, sondern Vertretenmüssen voraus, was sich ja nicht deckt. Für diese willkürliche Verschiedenheit zwischen §§ 339 und 360 besteht aber nicht der geringste Anlaß, am allerwenigsten aber dann, wenn man sich, wie dies oft geschieht zu einer solchen Interpretation des § 360 gerade auf § 339 beruft!

Wendet man diese hier vertretene Auffassung auf unseren speziellen Fall an, so wird man im Grundergebnis mit dem RG. übereinstimmen. Der § 16 Abs. 4 der Geschäftsanweisung, auf dessen Auslegung es hier entscheidend ankommt, sagt, daß verspätet eingehende Gutscheine usw. nur „bei besonderer Begründung" honoriert werden. Dies kann nur dahin interpretiert werden, daß prinzipiell

[2]) JW. 1908, 531. [3]) JW. 1909, 25.

Anspruchs genügt (RGWarn. 1910 Nr. 138 mit Nachweisungen), und zum anderen, daß allgemein die Beweislast für das behauptete Nichtverschulden den Verpflichteten, hier also den Kl., trifft.

III. Muß aber in Würdigung aller Umstände angenommen werden, daß es sich bei der Best. des § 16 um eine echte Verwirkungsabrede handelt, dann kann der Meinung der Rev. nicht beigepflichtet werden, daß gleichwohl die Best. der dem Kl. zustehenden Leistungen gem. § 319 BGB. durch Urt. zu erfolgen habe, daß mit anderen Worten an Stelle der Gesamtvertragsinstanz das Gericht die Leistung festzusetzen hätte. Schon der Wortlaut des § 16 „kann nur bei besonderer Begr. honoriert werden" läßt keinen Zweifel darüber, daß bei verspäteter Einreichung der Liquidation und nicht ausreichender Begr. und Entschuldigung der Säumigkeit nicht etwa nur der Anspruch auf Festsetzung der kassenärztlichen Gebührenforderung durch die Instanzen des Kollektivvertrags, sondern der Zahlungsanspruch selbst verwirkt sein soll. Vor allem ergibt sich dies aber aus dem mit derartigen Best. verfolgten, oben erörterten Zweck einer raschen und glatten Abwicklung des kassenärztlichen Festsetzungs- und Abrechnungsverfahrens und einer bindenden Feststellung der Honoraransprüche durch eine sachverständige Prüfungsstelle. Den Belangen beider Kollektivvertragsparteien wie auch den Interessen der Kassenärzte selbst wäre in keiner Weise gedient, wenn es jedem säumigen Arzt freistünde, nach Ablauf der Fristen seine Ansprüche im ordentlichen Rechtswege durch richterliches Urt. festsetzen zu lassen. Hiervon abgesehen ist aber der Tatbestand des § 319 Abs. 1 BGB. auch nicht gegeben. Denn wenn die Bekl. zu 2 nach den Best. des Gesamtvertrages berechtigt war, die nachträgliche Festsetzung zu verweigern, so liegt weder der Fall vor, daß er die Best. nicht treffen kann, noch daß er sie nicht treffen will, noch der, daß er sie verzögert.

Ist aber der Zahlungsanspruch als solcher untergegangen, dann ist die Verwirkung auch gegenüber dem Bekl. zu 1, der ja der Zahlungsverpflichtete war, eingetreten.

(Urt. v. 19. Juni 1934; III 298/33. — Berlin.) [v. B.]

3. § 242 BGB. Der Wegfall der Geschäftsgrundlage bildet für sich allein keinen Grund zur Aufhebung eines Vertrages (WarnRspr. 1933 Nr. 191 S. 403 mit Anf.; vgl. auch RG. 141, 217[1]) mit Anf.): es kommt darauf an, ob das Festhalten des Vertragsgegners an einem unter anderen wirtschaftlichen Verhältnissen geschlossenen Vertrag als Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB.) zu gelten hat. So hat das RG. aus dem Wegfall oder der Erschütterung der Geschäftsgrundlage einen Ausgleichsanspruch hergeleitet. Es handelt sich dabei aber um Fälle, in denen die Geschäftsgrundlage von einer Änderung der Gesetzgebung betroffen worden war (vgl. RG. 121, 146[2]); 129, 279[3])); in einem besonders gearteten Falle ist auch die Änderung einer festen Rspr. für ausreichend erachtet worden (RG. 136, 38[4])). In solchen Fällen ist aber der Vertrag nicht ohne weiteres für hinfällig erachtet oder dem Betroffenen ein Rücktrittsrecht gewährt, vielmehr ist ein billiger Ausgleich gesucht und nur bei dessen Verweigerung ein Vorgehen nach § 326 BGB. für gerechtfertigt erklärt worden (RG. 121, 133[5])).

(U. v. 18. Juni 1934; VI 51/34. — Hamburg.) [v. B.]

****4.** §§ 347, 476, 989 BGB. Der wandelnde Käufer ist für alle von ihm verschuldeten Verschlechterungen des Kaufgegenstandes schon vom Zeitpunkt der Empfangnahme an bis zur Rückgabe schadensersatzpflichtig. Solange aber der Käufer noch nicht zur Wandlung entschlossen ist, kann ihm ein im Rahmen des üblichen und Wirtschaftlichen vorgenommener Gebrauch der Kaufsache nicht als Verschulden angerechnet werden. Erst von dem Augenblick an, in dem der Käufer sein Wandlungsbegehren ausgesprochen hat, hat er grundsätzlich die Benutzung des Kaufgegenstandes einzustellen, sofern diese gleichzeitig eine Verschlechterung bedeutet.†)

Nach § 467 BGB. finden auf die Wandlung die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschr. der §§ 346 bis 348 BGB. Anwendung. Aus der Anwendung des § 347 das. folgt, daß sich der Anspruch des Verkäufers auf Scha-

---

bei Versäumung die Rechte des Gegners ausgeschlossen werden, es sei denn, daß er sich exkulpiert. Ihn trifft also die Beweislast. Da dieser Exkulpationsbeweis dem Kl. nicht gelungen ist, war zu entscheiden, wie es das RG. tat.

2. Dem zweiten Punkte der Entsch. ist ohne Einschränkung beizustimmen. Ob ein Verstoß gegen Treu und Glauben oder ein Verschulden nach § 276 BGB. vorliegt, ist Tatfrage und Rechtsfrage zugleich. Selbstverständlich muß auch hier zunächst festgestellt werden, was getan oder unterlassen wurde. Insofern handelt es sich um den Tatbestand, dessen Nachprüfung durch das RevG. unzulässig ist. Die Frage dagegen, ob dieser festgestellte Tatbestand die Annahme eines Verstoßes gegen Treu und Glauben bzw. eines Verschuldens i. S. von § 276 rechtfertigt, ist rechtliche Qualifikation. Sie unterliegt daher wie alle Rechtsfragen der Revision.

3. Ebenso ist dem dritten Punkte zuzustimmen. Liegt wie hier eine echte Verfallklausel vor, so ist für § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB., auf den sich hier der Kl. zur Umgehung der lex commissoria beruft, kein Raum. — Durch Versäumung der Ausschlußfrist ist der Anspruch auf Honorierung erloschen (vgl. § 16 Abs. 4 der Geschäftsanweisung!). Wenn aber der Anspruch als solcher nicht mehr besteht, kommt logisch auch eine Festsetzung der Leistung nicht in Frage; denn diese setzt immer einen existenten Anspruch voraus. Außerdem liegt auch überhaupt nicht der Tatbestand des § 319 Abs. 1 S. 2 vor. Davon, daß Bekl. die Leistung nicht bestimmen „kann, will oder verzögert", kann hier nicht die Rede sein; denn all dies setzt voraus, daß eine Verpflichtung zur Bestimmung der Leistung besteht. Gerade diese ist aber durch Versäumung der Ausschlußfrist erloschen. Ist jemand zu etwas nicht verpflichtet, so kann man juristisch-technisch nicht sagen, er wolle nicht handeln oder verzögere die Handlung. Es hieße das Wesen der Verwirkungsabrede und der Ausschlußfrist völlig verkennen, würde man ihre Wirkung durch Anwendung des § 319 Abs. 1 S. 2 paralysieren. Abgesehen von diesem rein rechtspolitischen Momente gestattet dies weder dogmatische Logik, noch der positive Wortlaut des Gesetzes. Der Entsch. ist daher in diesen Punkten zuerst im Ergebnis, wie in der Begründung, zuzustimmen.

Prof. Dr. Theodor Süß, München.

---

[1]) JW. 1933, 1644. [2]) JW. 1928, 2526.
[3]) JW. 1930, 2412. [4]) JW. 1932, 3173.
[5]) JW. 1928, 1805.

Zu 4. Die befriedigende Ausgestaltung der Käuferhaftung für verschuldeten Untergang und verschuldete Verschlechterung des Kaufgegenstandes vor und nach der Erklärung der Wandlung bereitet nach verschiedenen Richtungen Schwierigkeiten: 1. was die Festsetzung des Zeitpunkts für den Haftungsbeginn angeht: Empfang der Leistung, Entstehung des Wandlungsrechts, Erlangung der Kenntnis vom Eintritt seiner gesetzlichen Voraussetzungen oder Erklärung der Wandlung? 2. worin ein Verschulden zu finden ist: in jedem eine Verschlechterung herbeiführenden Gebrauch oder nur in einem Gebrauch, der die Grenzen des üblichen und Wirtschaftlichen überschreitet? 3. ob das Verschulden technisch oder untechnisch zu nehmen ist?

Das Urteil klärt diese Streitfragen weiter, aber nicht restlos.

1. Es arbeitet zunächst den Gedanken klar heraus, daß man den Zeitpunkt des Haftungsbeginns nicht verschieden bestimmen kann, einmal soweit Verschlechterungen und Herausgabe der Nutzungen auf der Käuferseite in Frage stehen und auf der anderen Seite, soweit die Verpflichtung des Verkäufers besteht, den Kaufpreis zu verzinsen. Da die letztere Pflicht nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 347 S. 3 BGB. mit dem Empfang des Kaufpreises einsetzt, und da man dem Käufer die Nutzungen nicht länger belassen kann, muß man auch die Käuferhaftung für Verschlechterungen mit dem Empfang der Ware beginnen lassen.

Damit schließt sich die Entsch. dem Urteil des RG.: HöchstRRspr. 1930, 771 an — während die neueste 8. Aufl. des RGRKomm. lehrt, daß eine entsprechende Anwendung des § 347 auf Fälle des gesetzlichen Rücktrittsrechts nur in der Weise erfolgen könne, daß an Stelle des Zeitpunkts der Leistung der Zeitpunkt der Kenntnis des Leistungsempfängers von dem Eintreten der gesetzlichen Voraussetzung des Rücktritts trete.

2. Unser Urteil vermeidet die aus einem früheren Haftungs-

denersatz wegen Verschlechterung der Kaufsache nach den Vorschr. bestimmt, die für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten. Das bedeutet nach § 989 BGB., daß der Käufer dem Verkäufer für den Schaden verantwortlich ist, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird. Diese Haftung für verschuldete Verschlechterung besteht nach § 347 bereits vom Empfange der Leistung an. Im Schrifttum ist allerdings mehrfach die Ansicht vertreten, daß für die Fälle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts und so auch für den Fall der Wandlung die Haftung für verschuldete Verschlechterung wie für verschuldeten Untergang der Sache nicht bereits vom Zeitpunkt des Empfanges der Leistung an begründet sei, sondern daß aus Billigkeitsrücksichten die entsprechende Anwendung des § 347, die für diesen Fall vorgeschrieben sei, dazu führen müsse, den Haftungsbeginn auf einen späteren Zeitpunkt zu verlegen. In der Best. dieses Zeitpunkts gehen die Ansichten auseinander. Von einigen wird der Zeitpunkt der Entstehung des Rücktritts- oder Wandlungsrechts als maßgebend angesehen (Planck-Siber, 4. Aufl., 1914; Oertmann, 5. Aufl., 1928, beide Anm. 1 zu § 347 BGB.), von anderen der Zeitpunkt, in dem der Leistungsempfänger von dem Eintritt der gesetzlichen Voraussetzungen des Rücktritts oder der Wandlung Kenntnis erlangt (RGRKomm., 8. Aufl., Anm. 1 zu § 347); eine dritte Meinung endlich stellt auf den Zeitpunkt des erklärten Rücktritts ab (Warneyer zu § 347). Demgegenüber weist Düringer-Hachenburg-Hoeniger (V 1 S. 191 Anm. 215) mit Recht darauf hin, daß alle diese Meinungen gerade für den Fall der Wandlung zu unbilligen Ergebnissen führen, weil derselbe Zeitpunkt, in dem die Haftung des Käufers für Verschlechterung und Untergang beginnt, nach § 347 auch für den Beginn des Anspruches des Verkäufers auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen maßgebend ist. Wollte man diese Herausgabepflicht nicht von dem Empfang der Leistung an bestehen lassen, so würden die Nutzungen noch bis zu einem späteren Zeitpunkt dem Käufer verbleiben, der Verkäufer aber hätte nach der Vorschr. in § 347 letzter Satz den Kaufpreis vom Tage des Empfanges an zu verzinsen. Zur Vermeidung von Unbilligkeiten muß deshalb auch für den Fall der Wandlung die Haftung des Käufers für Verschlechterung des Kaufgegenstandes ebenso wie seine Pflicht zur Herausgabe von Nutzungen vom Zeitpunkt des Empfanges der Leistung an bestehen (RG.: HöchstRRspr. 1930 Nr. 771).

Aber auch wenn man davon ausgeht, daß der wandelnde Käufer für alle von ihm verschuldeten Verschlechterungen des Kaufgegenstandes vom Zeitpunkt der Empfangnahme an bis zur Rückgabe schadensersatzpflichtig ist, so ist damit doch nicht gesagt, daß die Frage, welche Verschlechterungen als von ihm verschuldet anzusehen sind, in jedem Abschnitt dieses Zeitraums gleichmäßig zu beantworten sei. Hier ist vielmehr ein Unterschied zu machen zwischen der Zeit bis zum Verlangen der Wandlung und der folgenden Zeit.

Solange der Käufer sich noch nicht entschlossen hat, Wandlung zu verlangen, solange kann es ihm nicht verwehrt werden, die ihm übereignete Sache zu benutzen, mag diese Benutzung auch ohne weiteres eine Verschlechterung zur Folge haben. Ein derartiger im Rahmen des Üblichen und Wirtschaftlichen vorgenommener Gebrauch der Kaufsache wird deshalb dem Käufer in diesem Zeitpunkt nicht als Verschulden angerechnet werden können. Man wird ihm lediglich, solange die Möglichkeit einer Wandlung überhaupt noch besteht, zumuten dürfen, die Kaufsache nicht unpfleglich zu behandeln, sie nicht mehr zu verschlechtern, als dies üblicherweise durch ihren Gebrauch geschieht. Dieser Gedankengang liegt auch der für die Wandlung in gleicher Weise anwendbaren Vorschr. des § 351 BGB. zugrunde. Ein wirtschaftlich verständiger Gebrauch des Kaufgegenstandes gibt hier also den Maßstab dafür ab, ob ein Verschulden des Käufers an der Verschlechterung anzunehmen ist oder nicht (vgl. Staub-Heinichen, Anm. 65 zu § 377 HGB. S. 167; v. Tuhr, Allg. Teil II 1 § 43 Anm. 110).

Anders ist die Frage des Verschuldens zu beurteilen von dem Zeitpunkt ab, in dem der Käufer Wandlung verlangt hat. Nunmehr hat an die Stelle der Rücksicht auf den eigenen Bedarf, auf den Zweck, zu dem der Kaufgegenstand erworben wurde, die Rücksicht auf das Interesse des Verkäufers zu treten, der die Sache zurücknehmen soll. Diese Rücksicht zwingt den Käufer dazu, von dem Augenblick an, in dem er sein Wandlungsbegehren ausgesprochen hat, die Benutzung des Kaufgegenstandes einzustellen, sofern diese gleichzeitig eine Verschlechterung bedeutet, wie dies bei Kraftwagen, Kleidungsstücken, Möbeln u. dgl. der Fall zu sein pflegt. Ob eine andere Auffassung Platz greifen darf, wenn es sich um Gegenstände handelt, bei denen der Gebrauch der Sache keine Verschlechterung zur Folge hat, oder gar um Kaufobjekte, bei denen ein gewisser maßvoller Gebrauch, wie bei einem Pferde, zur Erhaltung notwendig ist, bedarf hier nicht der Prüfung. Daß grundsätzlich wenigstens die einigermaßen dauernde Weiterbenutzung mit dem Wandlungsbegehren nicht vereinbar ist, hat die Rspr. auch ständig in den Fällen angenommen, in denen es sich um die Frage handelte, ob der Käufer sein Wandlungsrecht verloren habe (vgl. WarnRspr. 1931 Nr. 19 und die dort aufgeführten Entsch.).

Setzt also der Käufer entgegen seiner Unterlassungspflicht den Gebrauch der Kaufsache fort, obwohl er erkennt oder bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen müßte, daß der Gebrauch mit einer Verschlechterung verknüpft ist, so ist diese von ihm verschuldet. An der Pflicht zur Unter-

---

beginn auf den ersten Blick zu befürchtende übermäßige Belastung des Käufers, indem es die Voraussetzungen des Verschuldens bis zum Wandlungsverlangen des Käufers milder bestimmt als nachher. Vorher wird dem Käufer der Eigengebrauch im Rahmen des Üblichen und Wirtschaftlichen zugestanden, selbst wenn die Benutzung der Kaufsache ohne weiteres ihre Verschlechterung zur Folge hat; nachher hat er den Eigengebrauch jedenfalls insoweit zu unterlassen als er gleichzeitig eine Verschlechterung bedeutet.

Sieht man genauer zu, so werden dadurch freilich nicht die Voraussetzungen des Verschuldens geklärt, sondern der nähere Inhalt der Käuferpflichten normiert. Mit ihrer verschiedenen Normierung vor und nach der Wandlung wird man sich einverstanden erklären. Die durch die Wandlung bedingte Rückgabepflicht des Käufers kann keinesfalls dieselben Anforderungen an eine pflegliche Behandlung der Kaufsache begründen, wie etwa die Verpflichtung des Verkäufers gegenüber der Kaufsache aus einem bedingten Kauf während der Schwebezeit (vgl. § 160 BGB.). Denn der Kauf will die endgültige Übertragung des Kaufgegenstandes in das Vermögen des Käufers herbeiführen. Und dieser Zweckbestimmung müssen die Folgen der bloßen Wandlungsmöglichkeit, die dem Käufer zum Schutze seiner Interessen verliehen worden ist, Rechnung tragen.

Hat der Käufer dagegen die Wandlung erklärt, muß er den Gegenstand als einen dem Verkäufer wieder herauszugebenden behandeln, darf ihn also grundsätzlich nicht selbst weiter gebrauchen.

3. Offen läßt das Urteil, ob das Verschulden des Käufers technisch oder untechnisch zu verstehen ist. Das technische Verschulden würde die zum mindesten fahrlässige Verletzung einer im Interesse eines anderen auferlegten Rechtspflicht voraussetzen, während das untechnische Verschulden in einem Verstoß gegen die wohlverstandenen Gebote des eigenen Interesses besteht. Von der Stellungnahme zu dieser Frage hängt ab, ob man als Voraussetzung des Verschuldens auch die Kenntnis oder doch zum mindesten schuldhafte Unkenntnis des Wandlungsrechts anerkennt. Versteht man das Verschulden technisch, so wird man sich in diesem letzteren Sinne entscheiden müssen. Dazu nötigt aber, daß es sich hier um die Begr. einer Schadenshaftung des Käufers für eine Verschlechterung der Kaufsache gegenüber dem Verkäufer handelt und nicht, wie in § 351 BGB., nur um den Ausschluß eines Rücktritts- bzw. Wandlungsrechts.

Es fragt sich also nach wie vor, welchen Einfluß die Kenntnis oder schuldhafte Unkenntnis vom Eintritt der gesetzlichen Voraussetzungen des Wandlungsrechts haben soll. Darüber gibt das Urteil keinen Aufschluß. Nach ihm scheint der Zeitpunkt der Kenntnis oder verschuldeten Unkenntnis ganz bedeutungslos zu sein. Denn nach den Gründen muß eine den Rahmen des Üblichen und Wirtschaftlichen überschreitende Benutzung vom Zeitpunkt des Empfangs ab schlechthin vertreten werden. Kann man aber ernstlich von einem Verschulden des Käufers bei Erfüllung einer bedingten Rückgabepflicht reden, wenn der Käufer von ihrer Entstehungsmöglichkeit keine Ahnung hat oder auch nur haben kann? Liegt ein Verschulden des Autokäufers darin, daß er einen garantiert tadellosen Wagen strapaziert, ehe er seine Mängel erfahren hat? Wenn man

lassung des Gebrauchs ändert es auch nichts, wenn sich der Verkäufer im Verzug mit der Rücknahme der Kaufsache (Gläubigerverzug) befindet; ein Unterschied ist hier nur insofern gegeben, als sich die Haftung des Käufers auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt (§ 300 BGB.). Eine Ausnahme kann allein für den Fall gelten, daß der Verkäufer mit der weiteren Benutzung des Kaufgegenstandes einverstanden ist. Ein solches Einverständnis wird sich unter Umständen auch aus dem Verhalten des Verkäufers ergeben, so kann mitunter die Tatsache, daß der Verkäufer den Kaufgegenstand trotz vollzogener Wandlung nicht zurücknimmt und den Kaufpreis nicht zurückzahlt, für ein Einverständnis sprechen, insbesondere dann, wenn ihm bekannt ist, daß der Käufer der Benutzung der Kaufsache dringend bedarf. Hiervon abgesehen aber kann auch die Tatsache, daß der Käufer die Kaufsache, sei es für seinen Gewerbebetrieb, sei es für seinen persönlichen Gebrauch nötig hat, die Zulässigkeit der Weiterbenutzung nach erklärter Wandlung an sich nicht begründen. Ist der Käufer gezwungen, sich Ersatz zu beschaffen und hierfür erhöhte Aufwendungen zu machen, so wird er diese vom Verkäufer, sofern sich letzterer im Schuldnerverzug befindet, unter dem Gesichtspunkt des Verzugsschadens erstattet verlangen können; dies um so mehr, wenn er den Verkäufer auf die Notwendigkeit der Ersatzbeschaffung und den dadurch ihm erwachsenden besonders hohen Schaden hingewiesen hat. Im Einzelfalle kann allerdings auch der vom Verkäufer zu vertretende Verzugsschaden dadurch gemindert werden, daß der Käufer, anstatt eine Ersatzbeschaffung vorzunehmen, den Kaufgegenstand selbst weiter benutzt. Sind die Umstände derart gelagert, hat der Käufer insbes. den im Schuldnerverzug befindlichen Verkäufer auf die Notwendigkeit der Weiterbenutzung hingewiesen, dann wird zu prüfen sein, ob nicht der Verkäufer durch seinen Verzug auch die Verschlechterung des Kaufgegenstandes ganz oder teilweise selbst verschuldet hat und deshalb ein Schadensersatzanspruch auf seiner Seite entfällt (§ 254 BGB.).

Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kl. selbst vorgetragen, daß er den ihm von der Bekl. gelieferten Kraftwagen, trotzdem er bereits im April 1932 Einwilligung in die Wandlung verlangt hatte, erst im Laufe des zweiten Rechtszuges am 6. Sept. 1933 aus dem Betrieb genommen habe. Unter diesen Umständen durfte sich das BG. nicht mit der Feststellung begnügen, daß eine besondere Verschlechterung des Wagens und ein hierfür ursächliches Verschulden des Kl. nicht dargetan sei, es durfte der Bekl. nicht ohne weitere Begründung lediglich einen Anspruch auf Erstattung der vom Kl. gezogenen Nutzungen zuerkennen. Unter Berücksichtigung der im vorstehenden niedergelegten Grundsätze wird das KG. vielmehr noch zu prüfen haben, ob der Kl. nicht durch die Weiterbenutzung des Wagens von der Erklärung des Wandlungsbegehrens an bis zum Monat September 1933 eine Verschlechterung verschuldet hat, für die er der Bekl. verantwortlich ist.

(U. v. 3. Juli 1934; II 43/34. — Berlin.) [v. B.]

5. § 195 Abs. 3 HGB. Umfang der Prüfungspflicht des Aufsichtsrates einer AktG. Begriff und Nachweis der Barzahlung der auf jede Aktie zu leistenden Einlage. Keine Berufung des Aufsichtsrates auf Fehler der Revisoren. — Art der Schadensersatzleistung.†)

Der § 195 Abs. 3 HGB. legt dem Vorstand und Aufsichtsrat einer AktG. die Pflicht auf, in der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister die Erklärung abzugeben, daß auf jede Aktie, soweit nicht andere als durch Barzahlung zu leistende Einlagen bedungen sind, der eingeforderte Betrag bar einbezahlt und im Besitze des Vorstandes ist. Er verpflichtet die Anmeldepflichtigen ferner, den Betrag, zu welchem die Aktien ausgegeben werden und den hierauf bar eingezahlten Betrag anzugeben. Er bestimmt weiter, daß letzterer mindestens ein Viertel des Nennbetrages und im Falle der Ausgabe von Aktien für einen höheren als den Nennbetrag auch den Mehrbetrag umfassen muß. Diese Vorschrift bestimmt einmal die Verpflichtung der Aktienzeichner, vor der Anmeldung tatsächlich ein Viertel des gezeichneten Betrages nebst dem Mehrbetrag an den Vorstand zu bezahlen. Denn wenn die Angabe der Höhe des zu zahlenden Betrages auch nur im Zusammenhang mit der Anmeldepflicht von Vorstand und Aufsichtsrat erfolgt ist, so kann sie doch nur einen Zweck haben, wenn die Zeichner verpflichtet sind, die Beträge auch tatsächlich vor der Anmeldung zu leisten. Die Vorschrift ist nur ein Mittel, um die Kapitalgrundlage der Gesellschaft zum Teil zu sichern, ehe die Gesellschaft durch Eintragung ins Handelsregister zur Entstehung gelangt und damit in den Rechtsverkehr tritt. Die Rspr. des RG. hat auch stets daran festgehalten, daß § 195 Abs. 3 HGB. sachlich-rechtlich die Einzahlungspflicht der Aktienübernehmer und -zeichner zwingend dahin bestimmt, daß das Aufgeld und die ersten 25% des Barkapitals mit schuldtilgender Wirkung nur durch die dort und die nach der Bekanntmachung zur Erleichterung der Einzahlung auf Aktien v. 24. Mai 1917 (RGBl. 431) weiter zugelassenen Barleistungen vereinigt werden können (vgl. das zum Abdruck in der amtlichen Sammlung bestimmte Urt. des Sen. vom 13. März 1934, II 225/33 = JW. 1934, 1340). Der § 195 Abs. 3 HGB. will aber die Sicherung der Kapitalgrundlage weiter dadurch fördern, daß er dem Vorstand und dem Aufsichtsrat die Verpflichtung auferlegt, in der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister zu erklären, daß die auf jede Aktie zu leistende Barzahlung tatsächlich bewirkt und der bezahlte Betrag im Besitze des Vorstandes sei. Die Einführung der Anmeldepflicht, namentlich soweit sie nicht dem Vorstand allein, der die Einziehung zu bewirken und das Empfangene für die im Werden befindliche AktG. zu verwahren hat, sondern auch dem Aufsichtsrat auferlegt wird, kann ihrem Zweck nur dienen, wenn damit dem Aufsichtsrat auch die Verpflichtung auferlegt ist, vor Abgabe der Erklärung deren Richtigkeit, also die Tatsache der Einzahlung und des Vor-

---

so weit gedacht hat, erkennt man, daß mit der Verlegung des Haftungsbeginns in den Zeitpunkt des Empfangs die Rechtslage des Käufers noch nicht völlig geklärt ist.

In Wahrheit hat das Urteil nur den selbstverständlichen Gedanken entwickelt, daß die Pflichten des Käufers vor Erklärung der Wandlung milder zu normieren sind als nachher; es ist aber nicht auf die Frage eingegangen, ob das bloße objektive Bestehen einer vom Käufer nicht erkannten und auch nicht erkennbaren Wandlungsmöglichkeit bereits gewisse Verpflichtungen gegenüber dem Verkäufer erzeugt, für deren Nichterfüllung der Käufer bei späterer Wandlungserklärung haftbar gemacht werden kann. Diese Frage ist m. E. zu verneinen. Insoweit hat die 8. Aufl. des RGRKomm. durchaus recht.

Ganz anders liegen die Dinge, was die Frage angeht, ob die Ausübung des Wandlungsrechts nicht auch durch eine Vernichtung oder wesentliche Verschlechterung des Kaufgegenstandes ausgeschlossen wird, wenn der Wandlungsberechtigte durch freie, aber nicht schuldhafte Handlung die Unmöglichkeit der Rückgabe verursacht hat.

Diese Frage ist zu bejahen. Denn das Verschulden, das § 351 BGB. zur Voraussetzung des Ausschlusses des Rücktrittsrechts macht, ist richtiger Ansicht nach untechnisch zu nennen. Der tiefere Rechtsgrund für seine Versagung liegt in der Unzulässigkeit des gegensätzlichen Verhaltens (venire contra factum proprium). Die Geltendmachung des Rücktrittsrechts steht auch dann mit dem früheren Verhalten in Widerspruch, wenn die Vernichtung oder Verschlechterung einen Verstoß gegen die wohlverstandenen Gebote des eigenen Interesses bedeutet; die Abladung der daraus entspringenden Nachteile auf den Gegner durch Ausübung des Rücktrittsrechts verstößt wider Treu und Glauben. Für diese verschiedene Behandlung des Verschuldens bin ich in der neuesten Auflage von Enneccerus Lehmann (12), Recht der Schuldverhältnisse § 39 II 1 e S. 153 eingetreten.

Prof. Dr. Heinrich Lehmann, Köln.

Zu 5. I. Die Auffassung des RG. zu § 195 Abs. 3 HGB. ist in der Begr. zu beanstanden. Diese Vorschr. ist lediglich öffentlich-rechtlicher Art. Sie wendet sich an den Registerrichter und verbietet, eine AktG. zur Eintragung zu bringen, bei der die dort bezeichneten Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Sie legt damit dem Vorstand der in der Gründung befindlichen Gesellschaft die indirekte Verpflichtung auf, für vorherige Einziehung des Mindestzahlungsbetrags zu sorgen. Die Verletzung dieser Verpflichtung wird strafrechtlich geahndet (§ 313 Abs. 1 Ziff. 1 HGB.). Materiellrechtlichen Inhalt hat § 195 Abs. 3 nicht, wie das RG. behauptet. Es bedarf solcher Best. gar nicht, die zudem, weil sich auf den gesetzlichen Mindestbetrag beschränkend, ganz unvollständig wäre. Damit erklärt sich einleuchtend, warum eine so wichtige Norm nicht gesondert er-

handenseins des Geleisteten im Besitze des Vorstandes zu prüfen. Diese Prüfungspflicht würde sich auch schon aus der Pflicht des Aufsichtsrats ergeben, die Geschäftsführung des Vorstandes in allen Zweigen der Verwaltung zu überwachen. Die Vorschrift des § 249 HGB., die diese Verpflichtung festsetzt, ist für das Gründungsstadium entsprechend anwendbar (vgl. Hachenburg bei Düringer-Hachenburg § 204 A. 2). Wenn in § 195 Abs. 3 dem Aufsichtsrat die Verpflichtung auferlegt wird, sich über die Einhaltung der Barzahlungsvorschriften zu erklären, so wird damit seine Verantwortlichkeit für das Vorhandensein der Kapitalgrundlage nur besonders betont.

Mit Recht nimmt das BG. an, daß der Bekl. Dr. S. sich hier seiner Aufgabe nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 249 HGB.) unterzogen hat. Unbestritten hat keiner der Aktienzeichner eine Barzahlung i. S. des Gesetzes oder auch nur eine Ersatzleistung bewirkt. Freilich haftet der Aufsichtsrat nicht schlechthin für die objektive Richtigkeit seiner Anmeldung. Denn da er seine Obliegenheiten nur mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu erfüllen hat, so entfällt eine Haftung, wenn seine Angabe trotz Anwendung dieser Sorgfalt objektiv unrichtig ist, mit anderen Worten: wenn ihn kein Verschulden trifft. Es ist aber Sache des Aufsichtsrats darzutun, daß er die sich aus seiner Stellung ergebenden Pflichten erfüllt hat, daß er also alles getan hat, um sich Gewißheit über die Richtigkeit seiner Anmeldung zu verschaffen. Dieser Verpflichtung hat der Bekl. S. nicht genügt. Er hat sich in keiner Weise davon überzeugt, daß die Aktienübernehmer tatsächlich eine Zahlung geleistet haben. Da das Gesetz bestimmt, daß auf jede Aktie die vorgeschriebene Barleistung bewirkt sein müsse, und da es deshalb nicht einmal genügen würde, wenn die in der Gesamtheit erforderliche Zahlung dadurch geleistet ist, daß die Nichtzahlung einzelner durch Mehrleistungen anderer ausgeglichen ist, mußte der Aufsichtsrat sich darüber vergewissern, daß der nach Angabe des Vorstandes zur Verfügung stehende Betrag auch aus Zahlungen der Aktienübernehmer auf die Aktien herrührte. Zu einer solchen Prüfung ist der Aufsichtsrat jedenfalls dann verpflichtet, wenn nach den Umständen des Falles Bedenken gegen die Richtigkeit der Erklärung des Vorstandes bestehen. Zu einer Nachforschung war im vorliegenden Falle um so mehr Anlaß, als der größte Teil des Aktienkapitals, nämlich 296 von 300 Aktien eine GmbH. übernommen hatte, die erst kurze Zeit vorher mit dem geringen Stammkapital von 20000 *RM* gegründet worden war, deren Vermögen also in keinem Verhältnis stand zu dem übernommenen Kapitalsanteil von 296000 *RM*, und von der auch nicht ohne weiteres zu erwarten war, daß sie auch nur ein Viertel der gezeichneten Summe, geschweige denn den vollen Betrag, der keineswegs gestundet war, aufbringen konnte. Dem Bekl. waren die Verhältnisse der GmbH. als Mitgründer und Vorstand ihres Aufsichtsrats bekannt. Der Gesellschaftsvertrag über die GmbH. ergibt, daß selbst das Stammkapital von 20000 *RM* nur zum geringsten Teil in bar zu bezahlen war. Die Einlage E. von 12000 *RM* war durch Einbringung des Herausgaberechts an eine Zeitschrift Land und Volk zu leisten; ein anderer Gründer leistete seine Einlage von 3000 *RM* durch Lieferung von Drucksachen. Der Bekl. durfte sich bei dieser Sachlage nicht auf die Versicherung des Vorstandes verlassen. Er kann sich nicht darauf berufen, daß er von diesem arglistig getäuscht sei. Dadurch, daß das Gesetz neben dem Vorstand auch dem Aufsichtsrat die Prüfungs- und Anmeldepflicht auferlegt, will es die AktG. gerade gegen Pflichtwidrigkeiten des Vorstandes schützen. Schon aus diesem Grunde kann der Bekl. auch nicht geltend machen, die AktG. hafte für eine etwaige arglistige Täuschung, die ihr Vorstand im Gründungszustande dem Aufsichtsrat gegenüber begangen habe. Der Vorstand war dem Bekl. gegenüber nicht Vertreter der im Werden befindlichen AktG. Er war vielmehr nur ein Organ neben dem Aufsichtsrat; beiden lagen selbständige Verpflichtungen ob, für deren Erfüllung sie beide nebeneinander und samtverbindlich der Gesellschaft haften (vgl. Brodmann, A. 1b zu § 202 HGB.). Die Haftung des Aufsichtsrats entfällt aber auch nicht — wie die Rev. glaubt — deshalb, weil ein geschickter Betrüger immer Mittel und Wege finde, um seine Pläne durchzuführen, und weil der betrügerische Vorstand aus den reichlich fließenden Spenden der Sparer 75000 *RM* in die Hand bekommen und vorzeigen konnte und sie dann zwei Tage später unterschlagen konnte.

Der Rev. ist zwar zuzugeben, daß auch bei ordnungsmäßiger Leistung der Barzahlungen durch die Aktienübernehmer die Möglichkeit bestand, daß der Vorstand die empfangenen Gelder unterschlug. Dann wäre aber dieser Schaden nicht auf eine Pflichtverletzung des Aufsichtsrats bei Prüfung der Einzahlung und ihres Vorhandenseins im Besitze des Vorstandes zurückzuführen. Der von der Rev. als möglich angenommene Fall steht nicht zur Entscheidung. Der Vorstand hat dem Aufsichtsrat das Vorhandensein des baren Geldes nicht nachgewiesen. Gerade weil dem Vorstand, wie dem Bekl. als Aufsichtsrat auch der GmbH. bekannt war, unter Umständen fremde Gelder, nämlich die Einlagen der Sparer, die getrennt zu verwalten waren, zur Verfügung standen, durfte der Aufsichtsrat sich nicht mit der Versicherung des Vorstandes allein begnügen, daß eine den erforderlichen Einzahlungen gleichkommende Summe zur Verfügung stehe. Aus diesem Grunde und im Hinblick auf die Kapitalschwäche der GmbH. war vielmehr eine Nachforschung geboten, ob die Aktienübernehmerin tatsächlich gezahlt hatte. Auch aus dem Schreiben des Vorstandes E. an das mitverklagte Aufsichtsratsmitglied L., das übrigens dem Bekl. S. bei Abgabe seiner Erklärung nicht vorlag, ergab sich nicht, daß die Aktienübernehmer gezahlt haben, denn E. bestätigt nur, „daß die S.-Sparbank eGmbH. Dresden bzw. die Filiale Mannheim den Betrag von 75000 *RM* für die in der Gründung begriffene Bauspar-AktG. zur Verfügung hält". Auch auf den Prüfungsbericht der von der Industrie- und Handelskammer in Berlin bestellten Revisoren durfte sich der Bekl. nicht ver-

---

lassen wurde, sondern „nur im Zusammenhang mit der Anmeldepflicht von Vorstand und Aufsichtsrat" erwähnt wird. Denn die Verpflichtung der Zeichner — nicht nur zur Einzahlung des Mindestbetrages, sondern des gesamten gezeichneten Betrags — beruht auf der erworbenen Mitgliedschaft.

Das RG. sieht immer noch die in der Gründung befindliche AktG. als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und nicht, wie es der herrschenden richtigen Auffassung entspricht, als nichtrechtsfähigen Verein, d. h. als Körperschaft an. Es vermag daher alle Verpflichtungen der Aktionäre vor der Eintragung der AktG. nur aus Vertrag herzuleiten. Damit verschließt es sich die Möglichkeit, der Gründungsvereinigung bereits eine Verbandsgewalt über die Mitglieder zuzusprechen und der Satzung als Lebensordnung auch der Gründungsvereinigung maßgebliche Bedeutung zuzuweisen. Der Unterschied der Grundauffassungen ist praktisch sehr erheblich. Nach der Meinung des RG. würde die Verpflichtung zur Einzahlung des Zeichnungsbetrags durch den Inhalt des Zeichnungsscheins (§ 189 HGB.) begrenzt sein. Der darin bestimmte Betrag der Einzahlungen könnte daher während des Gründungsstadiums durch Beschluß der Generalversammlung nicht mehr verbindlich erhöht werden, es bedürfte hierzu erneuter Vereinbarungen mit allen Aktionären. Die finanzielle Bewegungsfreiheit der Gründervereinigung wird so unerträglich erschwert. Wer hingegen in der Gründungsvereinigung einen nicht rechtsfähigen Verein sieht, billigt der Mitgliederversammlung auch das Recht zu, durch Beschluß weitere Einzahlungen von den Aktionären über den im Zeichnungsschein genannten Mindestbetrag hinaus zu fordern. — Das RG. zieht aber nicht einmal die Folgerung, daß die Verpflichtung des Zeichners zur Einzahlung des Mindestbetrags auf Vertrag beruht, sondern es leitet diese Verpflichtung als gesetzliche aus § 195 Abs. 3 her. Dann würde also die Angabe des Mindestzahlungsbetrages im Zeichnungsschein lediglich bestätigender Natur sein, und es wäre nicht verständlich, daß das Gesetz bei Mangel dieser Angabe im Zeichnungsschein die im übrigen ordnungsmäßige Zeichnungserklärung nichtig sein läßt. Sollte aber gar das RG. § 195 Abs. 3 als zwingende materiellrechtliche Vorschrift ansehen, so wäre es nicht einmal gestattet, höhere Einzahlungen als den gesetzlichen Mindestbetrag zu bedingen, weder auf dem Zeichnungsschein noch durch Beschluß der Mitgliederversammlung.

II. Hinsichtlich der Grundlage der Haftpflicht eines Aufsichtsratsmitglieds geht das RG. von durchaus zutreffenden Erwägungen aus, wenn es die Haftung aus dem übernommenen Amt als Aufsichtsratsmitglied herleitet ohne Rücksicht auf den daneben laufenden Dienstvertrag. Nur verträgt sich diese Auffassung wieder schlecht mit der Ansicht des RG., daß die Gründungsvereinigung bloße Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sei. In einer Gesellschaft gibt es kein Amt, sondern nur vertragliche Verpflichtungen.

lassen. Da das Gesetz auch dann, wenn eine Prüfung des Gründungsherganges durch Revisoren gesetzlich vorgeschrieben ist, den Aufsichtsrat von seiner Prüfungs- und Anmeldepflicht nicht befreit, sondern diese als selbständige Verpflichtung aufrechthält, mußte sich der Aufsichtsrat der Aufgabe unterziehen, die Zahlung selbständig zu prüfen. Dies war um so eher nötig, als der Prüfungsbericht nur ganz allgemein gehalten ist und über die Einzahlung nur den Satz enthält: „Die Einzahlung wird nachgewiesen durch eine Empfangsbescheinigung der Deutschen S.-Sparbank eGmbH. in Dresden v. 7. Mai 1930." Da die genannte Bank keineswegs zu den als zahlungsfähig anerkannten Banken gehört und deren Vorstand E. zugleich Vorstand der neuen AktG. sein sollte, so lag die Gefahr einer Täuschung auf der Hand. Es bedeutete deshalb eine fahrlässige Verletzung der dem Aufsichtsrat gerade gegenüber dem Vorstand im Gründungszustand obliegenden Aufsichtspflicht, wenn der Aufsichtsrat sich mit dieser Empfangsbescheinigung zufrieden gab und im Vertrauen auf sie in der Anmeldung die nach § 195 Abs. 3 erforderliche Erklärung abgab. Will man aber auch in der Empfangsbescheinigung eine ausreichende Grundlage für die Erklärung, daß die Aktienübernehmer bezahlt haben, finden, so reichte sie doch nicht aus für die Erklärung, daß der zu zahlende Betrag sich im Besitze des Vorstandes befinde. Denn nach der Rspr. genügt hier nicht das Vorhandensein eines Forderungsrechts gegenüber einem Dritten, das durch die Empfangsbescheinigung ihrem Inhalte nach allein dargetan wäre, vielmehr muß zur Zeit der Anmeldung das Geld selbst im Besitze, d. h. zur freien Verfügung des Vorstandes stehen in der Weise, daß er darüber die tatsächliche Gewalt hat. Die Einzahlung auf Konto des Vorstandes oder der künftigen AktG. bei einer Bank reicht also nicht aus (RGSt. 24, 9; 43, 182; RG. bei Holdheim 23, 269).

Der Bekl. S. kann sich auch nicht damit entschuldigen, daß er von allem Anfang an erklärt habe, er sei mit der Sache nicht vertraut genug, und er habe sich deshalb an die Revisoren gewendet. Konnte er die Pflichten eines Aufsichtsrats nicht erfüllen, so mußte er die Annahme des Amtes ablehnen. Nahm er es an, so mußte er sich auch die nötige Zeit nehmen, um sich über die tatsächlichen Verhältnisse zu unterrichten. Auf den Revisionsbericht durfte er nur vertrauen, wenn dieser ergab, daß die Aktienübernehmer tatsächlich eine Einzahlung auf die Aktien gemacht hatten und diese sich im Besitze des Vorstandes befand. Der Wortlaut des Revisorenberichtes mußte aber dem Bekl. S. gerade den Zweifel erwecken, ob die Revisoren tatsächlich die Erfüllung der gesetzlichen Vorschrift geprüft hatten oder bei der Prüfung von einer unrichtigen Auffassung des Gesetzes ausgegangen waren.

Es ist auch nicht rechtsirrtümlich, wenn das BG. bei Bejahung des Verschuldens dieses Bekl. den Umstand verwertet hat, daß er rechtskundig ist und deshalb in der Lage war, sich über den Inhalt des Gesetzes zu unterrichten und daß er sich anders wie die von der Haftung freigesprochenen Aufsichtsratsmitglieder auf den Prüfungsbericht der Revisoren in Verbindung mit der Auskunft ihrer rechtskundigen Berater nicht verlassen durfte. Wenn der Bekl. S. vielleicht auch nicht gerade wegen seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt in den Aufsichtsrat gewählt worden ist, so kann er sich doch nicht auf einen unverschuldeten Rechtsirrtum berufen. Denn bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt konnte er aus der Rspr. und dem Schrifttum sich darüber unterrichten, daß die ihm vorliegenden oder zugänglichen Erklärungen des Vorstandes und der Revisoren den gesetzlichen Vorschriften nicht genügten. Bei Prüfung seines Verschuldens mußte dies erheblich ins Gewicht fallen.

Hiernach hat das BG. ohne Rechtsirrtum angenommen, daß der Bekl. S. durch Abgabe der Erklärung nach § 195 Abs. 3, die sachlich unrichtig war, die ihm obliegende Pflicht als Aufsichtsratsmitglied schuldhaft verletzt hat.

Für den aus seiner Pflichtverletzung der AktG. entstandenen Schaden haftet der Bekl. Seine Haftpflicht beruht auf seiner Stellung als Aufsichtsratsmitglied, die einen Dienstvertrag oder Auftrag und damit eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat. Die Verpflichtung zu der Handlung, aus deren Verletzung der Schadensersatzanspruch entsteht, wird durch die Annahme des Amtes als Aufsichtsratsmitglied begründet. Zwar ist das der Ersatzpflicht zugrunde liegende Rechtsverhältnis zwischen der werdenden AktG., also einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, und den Aufsichtsratsmitgliedern begründet worden. Den Schadensersatzanspruch kann aber die juristische Person, die AktG. geltend machen. Denn beide Gesellschaften sind insofern identisch, als die Gesellschaft bürgerlichen Rechts sich zur AktG. entwickelt hat. Im Laufe dieser Entwicklung ist der Schaden entstanden. Er besteht darin, daß die juristische Person als solche ins Leben getreten ist, ohne die Kapitalgrundlage zu haben, die das Gesetz als Voraussetzung ihrer Entstehung vorschreibt, und deren Vorhandensein sicherzustellen, die Aufgabe des Aufsichtsrats ist. Der Mangel dieser Kapitalgrundlage ist der der Gesellschaft erwachsene Schaden. Der Inhalt der Schadensersatzpflicht ergibt sich aus den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts (§§ 249 ff. BGB.).

Der Bekl. hat in den Vorinstanzen in Anlehnung an

Der Inhalt des Vertrages ist allein entscheidend für den Umfang der übernommenen Verpflichtungen. Ein privatrechtliches Amt ist dagegen für die Körperschaft wesentlich. Schon aus diesem Grunde sollte das RG. die Gründungs-AktG. als nicht rechtsfähigen Verein endlich anerkennen. Das um so mehr, weil auch die vom RG. vertretene richtige Identitätstheorie nur dann Berechtigung hat, wenn man in der AktG. vor der Gründung nicht ein so völlig von ihr wesensverschiedenes Gebilde, wie es die Gesellschaft des BGB. darstellt, sieht.

III. Die Prüfungspflicht des Aufsichtsrates hinsichtlich der erfolgten Einlagen wird von dem RG. keineswegs überspannt. Es war eine unverschuldbare Nachlässigkeit des Bekl., daß er sich gar keine Gedanken darüber machte, ob die von ihm mitbegründete GmbH., deren Verhältnisse er als deren Aufsichtsratsvorsitzender genau kennen mußte, überhaupt in der Lage war, mit einem Geschäftskapital von 20 000 *RM* die Mindestzahlung für die von ihr übernommenen 296 000 *RM* Aktien aufzubringen. Er konnte sich ja als Aufsichtsratsvorsitzender der GmbH. bequem über die von ihr geleistete Einzahlung informieren. Nicht ganz klar geht freilich aus dem Tatbestand hervor, ob die GmbH. überhaupt nichts geleistet oder ob sie ihre Mindesteinlage aus Spargeldern ihrer Bausparer gezahlt hat. Im letzteren Fall wäre der Gründungsvorgang der AktG. nicht zu beanstanden. Der Bekl. würde seine Pflicht lediglich als Aufsichtsratsvorsitzender der GmbH. verletzt haben, und es würden nur Regreßansprüche der letzteren in Frage stehen, die aber von den Kl. nicht mitgepfändet sind. — Zutreffend ist weiterhin, daß der Bekl. durch den Prüfungsbericht der Revisoren nicht entlastet wird. Dem Bekl. standen viel bessere Erkenntnisquellen offen, und er kannte die Verhältnisse der Beteiligten viel genauer als die Revisoren.

Nicht völlig geklärt ist die angeblich erfolgte und durch Bescheinigung nachgewiesene Zahlung der Mindesteinlage bei der Deutschen Siedler-Sparbank eGmbH., die offenbar doch nicht identisch mit der Aktionärin, der Siedlungs- und BausparGmbH., ist. Gewiß ist es richtig, daß das Vorhandensein eines Kontos bei einer Bank nicht der Barzahlung an den Vorstand der GründungsAktG. und dem „Besitz" des Vorstandes an diesen Geldern gleichgestellt werden darf. Auch insoweit war also die Versicherung des Bekl. nach § 195 Abs. 3 schon unrichtig. Immerhin ist es für die Schadensersatzpflicht des Bekl. nicht gleichgültig, ob dieses Konto wirklich bestand und ob dessen Wert der AktG. späterhin durch Verfügung hierüber zugute gekommen ist. Ein Schaden wäre dann der AktG. aus der falschen Versicherung nicht erwachsen. Man kann auch nicht behaupten, daß dann die Gründung der AktG. überhaupt unterblieben wäre, wenn dieser Mangel von dem Bekl. erkannt worden wäre, weil dem durch Auszahlung des Kontos an die AktG. sofort abgeholfen werden konnte.

IV. Was den Umfang der Schadensersatzpflicht betrifft, so ist ein Hinweis auf § 204 HGB. zu vermissen. Der Bekl. haftete hiernach nur subsidiär. Es war zum mindesten der Nachweis erforderlich, daß von den Gründern und Gründergenossen Ersatz des Schadens nicht zu erlangen sei. Allerdings bedarf es für diesen Nachweis nach herrschender Meinung nicht vorausgängiger Klage und Zwangsvollstreckung gegen die Erstverpflichteten. Das RG. hätte aber ausdrücklich feststellen müssen, daß es die Voraussetzungen des § 204 als gegeben betrachtet.

Verfehlt ist selbstverständlich die Berufung des Bekl. auf seine Pflicht zur Naturalrestitution. Die erfolgte Entstehung der AktG. kann so nicht mehr hinweggeleugnet werden. Überdies ist die Verpflichtung der haftenden Personen zur Leistung fehlender Einzahlungen durch §§ 202 Abs. 1, 204 HGB. sogar ausdrücklich bestimmt; diese Vorschr. geht den allgemeinen Schadensersatznormen des BGB. vor.

Prof. Dr. Ruth, Halle a. d. S.

§ 249 BGB. geltend gemacht, der Schadensersatz sei in der Weise zu leisten, daß der Zustand wiederhergestellt werde, der vor Abgabe der unrichtigen Erklärung bestanden habe. Wäre die Abgabe der Erklärung unterblieben, so wäre die AktG. nicht zur Entstehung gelangt. Eine Einzahlung des bar zu bezahlenden Betrages von 75000 *RM* wäre auch bei Entdeckung der Nichtzahlung nicht erfolgt. Es könne also höchstens verlangt werden, daß die AktG. wieder aufgelöst werde. Diese Auffassung ist schon deshalb unhaltbar, weil eine Auflösung der AktG. mit rückwirkender Kraft unmöglich ist, nachdem die Gesellschaft als selbständiges Rechtssubjekt in den Rechtsverkehr getreten ist, Vermögenswerte erworben und Verbindlichkeiten begründet hat. Mit Rücksicht auf den Schutz Dritter hat die Rspr. sogar die Anfechtung eines Gesellschaftsvertrages wegen Willensmängeln für unzulässig erklärt (vgl. z. B. RG. 127, 186[1]) [191]). Um so weniger kann die Aufhebung eines unanfechtbar zustande gekommenen Gesellschaftsvertrags durch Vereinbarung der Vertragsparteien des Gründungsvertrages den Bestand der ins Leben getretenen AktG. rückwirkend beseitigen. Der Gründungsvertrag ist nur eines der Elemente, die die Entstehung der AktG. herbeigeführt haben. Diese ist aber mit der Eintragung endgültig ins Leben getreten. Eine sog. Naturalrestitution in der Weise, daß die AktG. ausgetilgt wird, kommt somit nicht in Frage. Die Gesellschaft besteht vielmehr trotz des Mangels ihrer Kapitalgrundlage fort. Der Schadensersatz muß daher in der Weise geleistet werden, daß dieser Mangel beseitigt wird. Dies kann aber nur dadurch geschehen, daß der Gesellschaft das Kapital zugeführt wird, das sie nach der in der Erklärung nach § 195 Abs. 3 liegenden Kundgebung haben sollte. § 249 BGB. stellt zwar den Grundsatz auf, daß der Schadensersatzpflichtige den Zustand herzustellen hat, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Es will aber dadurch den Anspruch auf volle Gutmachung nicht einschränken. Dies kommt in § 251 BGB. zum Ausdruck. Nach dieser Bestimmung hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen, und zwar nicht nur, soweit die Herstellung nicht möglich, sondern auch, soweit sie zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist. Bei der ohne das gesetzlich vorgeschriebene Barkapital zur Entstehung gelangten AktG. ist aber nur eine solche Entschädigung genügend, die den Mangel beseitigt. Dies kann in der Regel nur dadurch geschehen, daß der Schadensersatzpflichtige einen Betrag bezahlt, der dem fehlenden Kapital gleichkommt. Dieser Umfang der Schadensersatzpflicht entspricht auch der Regelung, die das HGB. in Fällen trifft, in denen die an der Gründung und Leitung einer AktG. Beteiligten Schadensersatz zu leisten haben wegen Verletzung ihrer Aufgabe bei Schaffung und Erhaltung der vom Gesetz geforderten Kapitalgrundlage (vgl. §§ 202, 241, 249 HGB. und die Bestimmung des § 9 GmbHG.), nach der die Anmeldenden der Gesellschaft solidarisch für die Richtigkeit ihrer Angaben hinsichtlich der auf die Stammeinlagen gemachten Leistungen haften. Es bestehen daher keine Rechtsbedenken, die Schadensersatzpflicht des Aufsichtsrats wegen Verletzung des § 195 Abs. 3 HGB. dahin zu bestimmen, daß er der Gesellschaft die fehlenden Beträge zu ersetzen hat. Auch im vorliegenden Falle, wo die Unbeibringlichkeit der gezeichneten Beträge feststeht, war der Umfang der Ersatzpflicht des Bekl. in dieser Weise festzustellen.

Ohne Erfolg bekämpft der Bekl. seine Ersatzpflicht mit der Behauptung, daß bei der jetzt feststehenden Untreue des Vorstandes E. die gezeichneten Beträge, auch wenn sie von den Zeichnern zu einem Viertel einbezahlt und bei Abgabe der Erklärung im Besitz des Vorstandes gewesen wären, von E. doch unterschlagen worden und so der AktG. verloren gegangen wären. Die Ursächlichkeit des Verhaltens des Bekl. wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß auch ein anderer — nicht eingetretener — Umstand den Schaden hätte herbeiführen können (vgl. RG. 141, 365[2])).

(U. v. 29. Mai 1934; II 9/34. — Dresden.) [K.]

<= RG. 144, 348>

[1]) JW. 1930, 2663. [2]) JW. 1933, 2383.

b) Strafsachen

Berichtet von Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin und Generalstaatsanwalt Dr. Alfred Weber, Dresden

**6. § 20a Abs. 2 StGB. Die zur Anwendung des § 20a Abs. 2 StGB. erforderlichen drei vorsätzlichen Taten müssen rechtlich selbständige Taten sein, die einer selbständigen Aburteilung fähig sind. Diesen Erfordernissen ist bei einer fortgesetzten Handlung ebensowenig genügt wie bei einer gewerbsmäßigen Straftat. †)

Das Urt. kann bzgl. der Sicherungsverwahrung nicht aufrechterhalten werden, weil die Voraussetzungen dieser Maßregel nicht ausreichend dargetan worden sind. Dazu hätte es, da die Straftat der Angekl. vor dem 1. Jan. 1934 begangen worden ist, des Nachweises bedurft, daß die Strafschärfung für gefährliche Gewohnheitsverbrecher nach § 20a StGB. zulässig gewesen wäre, wenn diese Vorschrift schon bei der Begehung der Tat gegolten hätte, und daß die öffentliche Sicherheit die Anordnung der Sicherungsverwahrung erfordert (Art. 5 Nr. 1 GewohnhVerbrG. v. 24. Nov. 1933 [RGBl. I, 995, 999]).

Ob die formellen Voraussetzungen des § 20a Abs. 1 StGB. vorliegen, hat das SchwG. offenbar nicht geprüft, obwohl dazu besonderer Anlaß gewesen wäre, da die Angekl. nach den tatsächlichen Feststellungen u. a. bereits einmal wegen Abtreibung, Beihilfe zur Abtreibung und versuchter Abtreibung und auch wegen Kuppelei bestraft worden ist. Nach der Auffassung des Gerichts liegen die formellen Voraussetzungen des § 20 Abs. 2 StGB. vor, weil die Angekl. mehr als drei, nämlich fünf, vorsätzliche Taten begangen hat. Das Urt. führt aus: Der Umstand, daß diese fünf Taten ein sog. Kollektivdelikt darstellen, könne der Anwendung des § 20a Abs. 2 StGB. nicht entgegenstehen, da andernfalls eine Besserstellung des gewerbsmäßigen Verbrechers — also gerade desjenigen, den das Gesetz in erster Linie treffen wolle — gegenüber dem nicht gewerbsmäßigen Verbrecher eintreten würde. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden.

§ 20a Abs. 2 StGB. setzt voraus, daß der Täter mindestens drei vorsätzliche Taten begangen hat, und daß die Gesamtwürdigung der Taten seine Eigenschaft als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ergibt. Es bringt damit zum Ausdruck, daß es sich um rechtlich selbständige Taten handeln muß, die einer selbständigen Aburteilung fähig sind. Diesen Erfordernissen ist bei einer fort-

Zu 6. Unter den Voraussetzungen des § 20a Abs. 1 muß, auch wegen vor dem 1. Jan. 1934 begangener Taten (Art. 5 Ziff. 1 GewohnhVerbrG.), Verurteilung gemäß dieser Vorschrift erfolgen; sind zwar nicht die Erfordernisse des Abs. 1, wohl aber die des Abs. 2 gegeben, so steht die Strafschärfung im Ermessen des Gerichts. Daraus ergibt sich zwingend, daß das Gericht den Fall stets zuerst nach Abs. 1 zu prüfen hat, ehe es die Anwendung des Abs. 2 in Erwägung zieht (Schäfer-Wagner-Schafheutle, GewohnhVerbrG., Anm. 74 zu § 20a).

Wenn das RG. die Nichtanwendbarkeit des § 20a Abs. 2 damit begründet, daß diese Vorschrift drei selbständige Handlungen erfordere und ihr mit der Feststellung von drei Einzelfällen gewerbsmäßiger Abtreibung nach § 218 Abs. 4 Satz 1 StGB. nicht genügt sei, so befindet sich insoweit die Entsch. in Übereinstimmung mit der in der Literatur bisher unbestritten herrschenden Meinung (Schäfer-Wagner-Schafheutle a. a. O., Anm. 69 zu § 20a; Kautter: JW. 1934, 85/86; Finger: GerS. 104, 194). Mir scheint diese Ansicht nicht bedenkenfrei.

Die Auslegung des RG. führt, wie auch das aufgehobene Urt. hervorhebt, in der Tat zu einer Besserstellung des gewerbsmäßig handelnden Verbrechers gegenüber demjenigen, der nicht gewerbsmäßig gehandelt hat, und ist auch mit der amtlichen Begründung nicht recht vereinbar; denn nach ihr — angeführt nach Schafheutle: JW. 1934, 1619 — verdankt die Vorschrift des § 20a Abs. 2 ihre Existenz der Erwägung, daß „es Gewohnheitsverbrechern gelingen könne, auf Jahre hinaus ihre Untaten der Verfolgung zu entziehen und von der Unschädlichmachung solcher Verbrecher nicht um deswillen abgesehen werden könne, weil sie nicht durch frühere Verurteilungen verwarnt worden seien".

Den Wirkungsbereich des § 20a Abs. 2, wie vom RG. geschehen, einzuengen, scheint mir bei dieser Sachlage nur dann ge-

gesetzten Handlung nicht genügt, da diese — wie in der Rspr. des RG. feststeht — als eine rechtliche Einheit zu betrachten und zu behandeln ist, dergestalt, daß die Einzelhandlungen, aus denen sie sich zusammensetzt, in ihr als untrennbarem Ganzen aufgehen und damit der rechtlichen Selbständigkeit entkleidet werden (RGSt. 47, 308; 50, 243 f.; 54, 318 f.). Das gleiche gilt bei einer gewerbsmäßigen Straftat, deren Wesen darin besteht, daß sie mit dem Willen begangen worden ist, sich durch wiederholte Begehung einen fortgesetzten Erwerb zu beschaffen. Wird dieser Wille in einer Mehrheit selbständiger Straftaten verwirklicht, so werden sie kraft Gesetzes zu einer strafrechtlichen Einheit zusammengefaßt (RGSt. 53, 59 f.; 58, 19 f.; 56, 54 f.). Die Gewerbsmäßigkeit umfaßt das gesamte Tun, also alle einzelnen Handlungen der fraglichen Art. Die Einzelhandlungen sind nicht als selbständige Taten zu betrachten. Die Strafe des Gesamtvergehens ist auch nur einmal verwirklicht; jede bzgl. dieses Gesamtvergehens ergangene Aburteilung deckt alle in die frühere Zeit bis zum Tage des ersten Urt. fallenden Einzelfälle, so daß eine abermalige Strafverfolgung wegen solcher Fälle, welche erst später entdeckt werden, unzulässig ist. Der Mangel mußte zur Aufhebung führen; dieser kann sich aber — jedenfalls hier, wo es sich lediglich um Art. 5 Abs. 1 GewohnhVerbrG. handelt — auf den Ausspruch der Sicherungsverwahrung beschränken, da insoweit ein rechtlich selbständiger und abgetrennter Würdigung zugänglicher Teil des Urt. vorliegt.

Für die neue Verhandlung erscheint es angezeigt, noch auf folgendes hinzuweisen:

Für die Anwendung des § 20a Abs. 2 StGB. kommt es nicht darauf an, ob wegen der beiden Taten, die außer der abzuurteilenden Tat vorliegen müssen, bereits Verurteilung erfolgt ist oder nicht. Deshalb können bei der Prüfung, ob die Angekl. außer der abzuurteilenden versuchten gewerbsmäßigen Abtreibung noch mindestens zwei vorsätzliche Taten begangen hat, auch die nach den Urteilsfeststellungen bereits abgeurteilten Verbrechen oder Vergehen herangezogen werden, sofern nicht die Voraussetzungen des § 20a Abs. 4 vorliegen.

(FerSen. v. 23. Aug. 1934; 1 D 768/34.) [Hn.]

7. § 20a StGB. Die drei vorsätzlichen Taten, von denen § 20a Abs. 2 StGB. spricht, brauchen nicht gleichzeitig zur Aburteilung zu stehen. Auch nur mit Geldstrafe geahndete Taten können zur Beurteilung, ob der Täter ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher sei, herangezogen werden.†)

Zwar trifft die Begründung zu, daß § 20a Abs. 1 StGB. keine Anwendung finden könne, weil nur eine der früheren Vorstrafen die in Abs. 1 vorgesehene Mindestdauer erreiche. Nicht richtig aber ist, daß auch § 20a Abs. 2 StGB. für den vorliegenden Fall unanwendbar sei, weil diese Vorschrift voraussetze, daß mindestens drei selbständige Straftaten gleichzeitig zur Aburteilung ständen. Mit Recht führt dagegen die Rev. aus, der Tatbestand des Abs. 2 sei auch dann gegeben, wenn zwar nur eine vorsätzliche Straftat abgeurteilt wird, der Angekl. aber wegen mindestens zweier weiterer vorsätzlicher Verbrechen oder Vergehen früher verurteilt ist. — Der Wortlaut des Abs. 2 bietet für die Meinung des SchwG. keinen Anhalt. Auch sonst ist kein Grund ersichtlich, daß das Gesetz die Zulässigkeit der Strafschärfung von dem unwesentlichen Umstand einer oft gar nicht möglichen gleichzeitigen Aburteilung hätte abhängig machen wollen. Auch kann der Einwand des Verteidigers, daß bei dieser Auslegung des Abs. 2 der Abs. 1 überflüssig sein würde, nicht durchgreifen. Denn Abs. 1 enthält eine zwingende Vorschrift, während Abs. 2 eine Kannvorschrift ist, vorbehaltlich der Anwendung des Art. 5 Ziff. 1 GewohnhVerbrG. Es leuchtet ein, daß in Abs. 2, durch den dem Richter nur die Möglichkeit zur Anwendung der schärferen Bestimmung gegeben wird, die Voraussetzungen nicht so eng wie in der Mußvorschrift des Abs. 1 gefaßt sind.

Zu der von der StA. in erster Linie beantragten Endentscheidung ist die Sache noch nicht reif. Bei der neuen Verhandlung wird das SchwG. auch zu prüfen haben, ob und inwieweit es Taten berücksichtigen will, die nur mit Geldstrafe geahndet worden sind. Gegen die rechtliche Zulässigkeit der Berücksichtigung solcher Taten würden Bedenken nicht zu erheben sein. Will das SchwG. eine oder mehrere dieser

---

nügender Anlaß, wenn sich die einschränkende Auslegung zwingend aus dem Gesetz ergibt. Das aber möchte ich verneinen.

Es ist zwar richtig, daß die Einzelhandlungen eines gewerbsmäßigen Delikts sich grundsätzlich zu einer Einheit zusammenschließen (RGSt. 58, 20), ihrer rechtlichen Selbständigkeit entkleidet werden; man könnte diesen Grundsatz vielleicht auch so fassen, daß der Gesetzgeber bei diesen Delikten für die einzeln an sich schon strafbaren Akte an Stelle des Strafrahmens nach § 74 StGB. einen besonderen, schärferen, mit § 74 nicht erreichbaren Strafrahmen zur Verfügung gestellt hat, der so nachhaltige Bestrafung vorschreibt und ermöglicht, daß auch die dem erkennenden Gericht nicht bekanntgewordenen Fälle damit als abgegolten angesehen werden können (Rechtskraftwirkung). Auf alle Fälle aber schließt der Begriff der Gewerbsmäßigkeit die Einzelhandlungen nur rechtlich zu einer Einheit zusammen, für die natürliche Betrachtung bleiben sie, schon weil jede einzelne mit besonderem, jeweils neu gefaßtem Vorsatz begangen und auch als einzelne strafbar ist, selbständig, ihre Einheit ist nur fingiert (RGSt. 56, 328), sie ist, wie auch das RG. für die Haftung der Teilnehmer und Begünstiger anerkennt, auch keine absolute (RGSt. 58, 20; vgl. a. RGSt. 57, 81; Lobe im LpzKomm., 5. Aufl., Bd. I S. 151, 153). Diese Erwägungen ermöglichen m. E. den Schluß, daß „Taten" i. S. des § 20a Abs. 2 auch die unter dem Gesichtspunkt der Gewerbsmäßigkeit zusammengefaßten Einzelfälle eines strafbaren Tatbestandes sind. Ich befinde mich insoweit auch in Übereinstimmung mit der von Finger: GerS. 104, 192 gegebenen Begriffsbestimmung der Taten als „der Welt des Realen angehörende Gegebenheiten, an welchen der Unwert der Strafbarkeit haftet", und gelange demgemäß zu dem Ergebnis, daß die Strafschärfung nach § 20a Abs. 2 schon dann zugelassen ist, wenn mindestens drei Einzelfälle gewerbsmäßigen Handelns festgestellt sind.

Einer besonderen Prüfung bedarf aber noch die fortgesetzte Tat. Faßt man sie als eine natürliche Handlungseinheit auf (Lobe a. a. O. S. 138 u. a.), so ist der Zusammenschluß ein vollständiger, die einzelnen Fälle entbehren schon wegen des einheitlichen Vorsatzes jeglicher, auch nur beschränkter Selbständigkeit, sie können deshalb ebensowenig wie etwa die einzelnen Schläge bei einer Körperverletzung als „Taten" i. S. des § 20a Abs. 2 angesprochen werden. Anders, wenn man mit dem RG. die fortgesetzte Tat als Kollektivdelikt, als „natürliche Verbrechensmehrheit" (RGSt. 57, 81) und nur rechtliche Handlungseinheit ansieht (vgl. u. a. RGSt. 64, 273, 279). Ich vermag nicht anzuerkennen, daß, wie Lobe a. a. O. behauptet, das RG. „die Wirklichkeit verkenne", wenn es das fortgesetzte Delikt nur als juristische Handlungseinheit ansehe. Auch in der fortgesetzten Tat sind mehrere, den gesetzlichen Tatbestand an sich erfüllende Einzelakte zu einer Einheit zusammengefaßt und diese Zusammenfassung ist ihrem Wesen nach nichts anderes als die juristische Fiktion (RGSt. 56, 328), die auch dem Begriff des gewerbsmäßigen Delikts zugrunde liegt. Die oben für das letztere zu § 20a Abs. 2 entwickelten Grundsätze gelten deshalb m. E. auch für die fortgesetzte Tat.

GenStA. i. e. R. Dr. Hafner, Karlsruhe.

Zu 7. § 20a Abs. 2 StGB. läßt nicht erkennen, daß prozessuale Momente auf die Anwendbarkeit der Bestimmung von Einfluß sein sollten. Es ist deshalb völlig gleichgültig, ob die drei Taten in einem Verfahren oder getrennt und in welcher Reihenfolge sie abgeurteilt werden, ob eine oder zwei Taten bereits rechtskräftig abgeurteilt sind, ob letzterenfalls eine Gesamtstrafe gebildet worden oder zu bilden ist, ob in den bereits erledigten Verfahren Verurteilung auf Grund des § 20a Abs. 2 erfolgt ist oder nicht, usw.

Da im Gegensatz zu § 20a Abs. 1 nicht Vorverurteilungen zu bestimmten Mindeststrafen noch die Verwirkung einer Freiheitsstrafe gefordert werden, so ist der Richter an der Verurteilung nach § 20a Abs. 2 auch nicht dadurch gehindert, daß eine oder die andere Tat nur mit einer Geldstrafe belegt worden ist. Sei es, daß der zuerst nur mit der einen oder der anderen Tat befaßte Richter auf Geldstrafe erkannt hat, weil das Gesetz nur diese zuließ, sei es, daß er die Geldstrafe für ausreichend oder den Strafzweck für durch eine Geldstrafe erreichbar hielt (§ 27b StGB.), immer steht dem später mit der zweiten oder dritten Tat befaßten Richter die Bestrafung auf Grund des § 20a Abs. 2 unter dessen übrigen Voraussetzungen frei; wobei allerdings eine frühere Geldstrafe doch wohl stets Anlaß geben muß, besonders sorgfältig zu prüfen, ob die betr. Tat wirklich als Anzeichen eines verbrecherischen Hanges und der Gefährlichkeit des Täters gelten kann (RG.: JW. 1934, 1665).

Zur Frage, ob die drei vorsätzlichen Taten des § 20a Abs. 2 selbständige i. S. des § 74 StGB. sein müssen, kann ich auf meine Ausführungen in der Anm. zu RG.: JW. 1934, 2690 Bezug nehmen.

GenStA. i. e. R. Dr. Hafner, Karlsruhe.

Taten bei der Gesamtwürdigung verwerten, so würde es bei jeder einzelnen Tat eingehend zu erörtern haben, ob und inwiefern sie einen Anhalt für den Hang des Angekl. zum Verbrechen und für seine Gefährlichkeit ist.

(FerSen. v. 20. Aug. 1934; 1 D 673/34.) [W.]

8. § 153 StGB. Zur Sicherung übereignete Sachen brauchen bei der Leistung des Offenbarungseides nicht in das Vermögensverzeichnis aufgenommen werden, wohl aber der bedingte Anspruch auf ihre Rückübertragung. Ein Irrtum über den Umfang der Angabepflicht fällt unter § 59 StGB.

Nicht irgendein Vordruck zu einem Vermögensverzeichnis, sondern das Gesetz bestimmt, welche Gegenstände in das Vermögensverzeichnis nach § 807 ZPO. aufzunehmen sind. Das aber ist nicht der Fall bei Sachen, die im Wege der Sicherungsübereignung veräußert sind. Der Zweck des Offenbarungseidsverfahrens ist, das Vermögen des Schuldners zu ermitteln, um die Gegenstände der Zwangsvollstreckung offenzulegen. In Gegenstände, die dem Schuldner nicht mehr gehören, kann eine Zwangsvollstreckung nicht betrieben werden, mag auch eine wirtschaftliche Betrachtung noch Eigentum des Schuldners annehmen. Rechtlich hat sich der Veräußerer auch bei der Sicherungsübereignung des Eigentums vollständig entschlagen, die veräußerten Gegenstände gehören also nicht mehr zu seinem Vermögen. Demnach stehen rechtliche Erwägungen der Auslegung, zur Sicherung übereignete Sachen seien in das Vermögensverzeichnis des § 807 ZPO. aufzunehmen, entgegen, und die Belange des Gläubigers erfordern die Aufnahme ebenfalls nicht. Wohl aber ist der Anspruch des Übereignenden auf Rückübertragung der Sachen nach dem Erlöschen der gesicherten Forderung in das Verzeichnis aufzunehmen. Er ist ein gegenwärtiger, wenn auch bedingter Anspruch des Veräußerers, nicht nur ein zukünftiger, ihn kann der Gläubiger pfänden und sich überweisen lassen. Das SchwG. sagt nichts darüber, ob dieser Anspruch in dem Vermögensverzeichnis angegeben sei. Es spricht sich auch darüber nicht aus, ob die Angekl. die Pflicht hatte, den Standort der Wagen in dem Verzeichnis anzugeben, wie z. B. der Sicherungsübereignende auch die Höhe der Forderung angeben muß, nach deren Bezahlung er die Rückübertragung verlangen kann (RG.: DRZ. Rspr. 1932, 613 Nr. 749) und ob die Angekl. im Falle des Bestehens dieser Pflicht davon wußte. Das angef. Urt. sagt nur, die Angekl. habe den Standort der Wagen angeben müssen, weil sie wirtschaftlich noch Eigentümerin gewesen sei (vgl. RG. 62, 351) und der Vordruck dies erfordert habe. Diese Ausführungen sind rechtlich unrichtig, es besteht aber auch die Möglichkeit, daß sie für die tatsächlichen Feststellungen, insbes. was den inneren Tatbestand anlangt, von Bedeutung gewesen sind.

Völlig wertlose Forderungen brauchen allerdings nicht in das Vermögensverzeichnis des § 807 ZPO. aufgenommen zu werden (RGSt. 60, 37), wobei nicht die Auffassung des Offenbarenden entscheidet, sondern ein objektiver Maßstab anzulegen ist. Daß die Forderung auf Rückübertragung der vier Wagen ohne den geringsten Wert gewesen wäre, ergibt sich nicht aus dem angef. Urt. Die Forderung, die ein Gläubiger noch hätte bezahlen müssen, um die Wagen freizubekommen, betrug 1200 *RM*. Die Übereignung der Wagen zur Sicherung der Forderung von 1400 *RM* eines anderen Gläubigers war erst versprochen, aber noch nicht geschehen.

Die Sache war danach zur anderweiten Verhandlung an das SchwG. zurückzuverweisen. Dieses wird auch zu erwägen haben, daß zwar ein Irrtum über den Umfang der Angabepflicht der Angekl. nach § 59 StGB. zugute käme, daß aber bei irrtümlichem Glauben an eine Pflicht zur Angabe des Standortes der vier Wagen Versuch vorläge, wenn die Angekl. angenommen hätte, der Eid beziehe sich auch auf die Angabe des Standorts (DRZ. Rspr. 1931, 105 Nr. 116; RGSt. 61, 429).

(3. Sen. v. 12. April 1934; 3 D 173/34.) [W.]

9. §§ 533, 534, 1492, 1494 RVO.; §§ 69, 77 EinkStG.; §§ 396, 402, 468 RAbgO.; Teil 2 Kap. II §§ 1, 6, 7 ArbeitslosenhilfeVO. v. 14. Juni 1932 (RGBl. I, 273); § 24 DurchfVO. v. 17. Juni 1932 (RGBl. I, 307); Art. 3 DurchfVO. v. 18. Juni 1932 (RGBl. 312); ArbVermG. v. 16. Juli 1927 i. d. Fass. v. 12. Okt. 1929 (RGBl. I, 162). Die Nichtabführung von Lohnsteuer oder Ortskrankenkassenbeiträgen ist nicht nach §§ 1492, 1494 RVO. strafbar, dagegen unter Umständen nach § 396 RAbgO. Auch ein Bürovorsteher kann sich danach strafbar machen. Zwischen der Hinterziehung der Lohnsteuer, der Nichtabführung der Arbeitslosenhilfe-Abgabe und der Vorenthaltung der Krankenkassenbeiträge kann kein Fortsetzungszusammenhang bestehen.

Das LG. hat den Angekl. wegen Vergehens gegen §§ 533, 534, 1492, 1494 RVO. verurteilt, weil er als Bürovorsteher beim Innungsausschuß in O. Lohnsteuer in nicht bezifferter Höhe nicht an das FinA. und rund 90 *RM* vom Gehalt einbehaltene Beiträge der Angestellten für die allgemeine Ortskrankenkasse in O. nicht an diese Kasse abgeführt habe. Für welche Zeiten die Steuer und die Beiträge zu zahlen waren und wann sie fällig geworden waren (§ 77 EinkStG. und dazu § 42 DurchfBest. über Abzug vom Arbeitslohn v. 5. Sept. 1925 i. d. Fass., wie sie v. 1. Okt. 1928 an galt, sowie §§ 393 ff. RVO.), ist aus dem angefochtenen Urt. nicht zu entnehmen.

Rechtsirrtümlich ist zunächst die Verurteilung aus §§ 1492, 1494 RVO., denn diese Vorschriften stellen es unter Strafe, wenn der Arbeitgeber oder im Umfang des § 1494 sein Vertreter Beiträge zur Alters- und Invalidenversicherung, die er den Beschäftigten vom Lohn abgezogen hat, nicht zur Versicherung verwendet. Um solche Beträge handelt es sich hier nicht. Das LG. hätte aber prüfen müssen, ob nicht die Bestimmungen der RAbgO. und des EinkStG. zur Anwendung zu bringen waren. Das „Bewirken" einer Verkürzung von Steuereinnahmen nach § 396 RAbgO. kann auch in der bloß verspäteten Ablieferung von Lohnsteuer, die nach § 69 EinkStG. durch Einbehaltung eines Lohnteils durch den Arbeitgeber erhoben worden ist, liegen (RGSt. 61, 81). Unerheblich ist es dabei, daß der Angekl. nicht selbst Arbeitgeber, sondern dessen Bürovorsteher war, denn Steuerhinterziehung kann nach § 396 RAbgO. auch zum Vorteil eines anderen begangen werden. Es genügt allerdings nicht das bloße Nichtabliefern der Lohnsteuer, es muß vielmehr eine Steuerunehrlichkeit hinzukommen, die in dem bewußten Unterlassen einer Mitteilung an das FinA. oder eines Stundungsgesuches oder in ähnlichen Umständen erblickt werden kann (RGSt. 60, 182; 61, 81, 186; 63, 95; JW. 1931, 313[12]). Beim Fehlen des Vorsatzes käme § 402 RAbgO. in Frage. Nicht entgegen stände einer Verurteilung der § 468 RAbgO., denn, soweit ersichtlich, ist der Angekl. weder Steuerschuldner, noch haftet er persönlich für die Lohnsteuer.

Soweit in den dem FinA. vorenthaltenen Beträgen die Abgabe zur Arbeitslosenhilfe nach der ArbeitslosenhilfeVO. v. 14. Juni 1932, Teil 2 Kap. II §§ 1, 6 Satz 2, 7 Abs. 2 enthalten sind, kommen nach § 24 DurchfVO. v. 17. Juni 1932 — wegen der Fälligkeitstage vgl. §§ 15, 16 VO. — ebenfalls die Bestimmungen der RAbgO. in Frage. Die Freisprechung durch das LG. steht einer erneuten Aburteilung nicht entgegen, denn es war Anklage wegen einer Handlung, durch die Lohnsteuer und Abgabe zur Arbeitslosenhilfe hinterzogen sein soll, erhoben. Es hätte also beim Ausscheiden einzelner, auch nach der Meinung des LG. unselbständiger Teile der unter Anklage gestellten Handlung keine Freisprechung erfolgen dürfen. Die tatsächlich erfolgte Freisprechung kann aber nicht die Wirkung haben, den unselbständigen Teil der Handlung zu einer selbständigen Handlung zu machen, über die ein eigener, der Rechtskraft fähiger Urteilsspruch möglich wäre. Die Freisprechung kann also keine Wirkung haben (LZ. 8, 1566; JW. 1928, 2265[61]). Im Falle einer späteren Verurteilung darf allerdings insgesamt keine höhere Strafe ausgesprochen werden, als sie das angefochtene Urt. festgesetzt hat (§ 358 StPO.).

Soweit der Angekl. die erwähnte Abgabe für Personen, die nach der RVO. für den Fall der Krankheit oder nach dem ArbVermG. v. 16. Juli 1927 i. d. Fass. v. 12. Okt.

1929 für den Fall der Arbeitslosigkeit versichert waren, zusammen mit den Krankenkassenbeiträgen der Krankenkasse vorenthalten hat, kämen §§ 6 S. 1, 7 Abs. 1 VO. v. 14. Juni 1932 und Art. 3 DurchfVO. v. 18. Juni 1932 (RGBl. I, 312) sowie die Strafbestimmungen des ArbVermG. in Frage. Da der Innungsausschuß eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist und die Vorenthaltung der Abgabe im Betriebe dieser Körperschaft geschehen ist, finden aber im vorliegenden Falle nach § 274 des Ges. die Strafbestimmungen keine Anwendung, die Vorenthaltung wäre also straflos.

Darauf, daß das Geld in der Kasse nur für die Zahlung des Lohnes ausgereicht habe, kann sich der Angekl. nicht berufen. Er hätte dann das vorhandene Geld verhältnismäßig auf die Arbeitnehmer einerseits und das FinA. und die Krankenkasse andererseits — bei beiden Stellen einschließlich der Abgabe zur Arbeitslosenhilfe — verteilen müssen, so daß beide Stellen die auf sie entfallenden Teile des Lohnes und die Arbeitnehmer nur den Rest in bar bekommen hätten (RGSt. 40, 235 bzgl. der Krankenkassenbeiträge; JW. 1932, 417[21] bzgl. der Lohnsteuer). Etwaige gegenteilige Anordnungen des Syndikus vermögen den Angekl. nicht zu entlasten. Einmal konnte der Angekl. den Vorstand anrufen, dann aber lag ein Notstand nach §§ 52, 54 StGB. nicht vor, und darüber hinaus war für ihn kein Entschuldigungsgrund gegeben (Recht 1928, 548 Nr. 2160; RGSt. 66, 397).

Das angefochtene Urt. war also, da es wegen einer einheitlichen Handlung verurteilt, in vollem Umfange der Verurteilung und bezüglich der Freisprechung hinsichtlich der an das FinA. abzuführenden Beträge der Abgabe zur Arbeitslosenhilfe aufzuheben und die Sache war in diesem Umfang zur anderweiten Verhandlung und Entsch. an das LG. zurückzuverweisen. Dieses wird noch folgendes zu beachten haben. Die Nichtablieferung der Lohnsteuer, einschließlich der Abgabe zur Arbeitslosenhilfe, soweit sie an das FinA. zu entrichten war, und der Beiträge zur Krankenkasse kann für jeden Tag, an dem ein Beitrag fällig war, eine selbständige Handlung sein. Die Annahme einer fortgesetzten Handlung ist jedoch möglich. Dies ohne weiteres, soweit es sich um die verschiedenen Lohnsteuerbeträge, die verschiedenen Krankenkassenbeiträge oder die verschiedenen Beträge der Abgabe zur Arbeitslosenhilfe je unter sich handelt. Anders als bei den Krankenkassenbeiträgen und den Beiträgen zur Invalidenversicherung (RGSt. 65, 301 [303]) kann aber wegen Verschiedenheit der verletzten Rechtsgüter ein Fortsetzungszusammenhang zwischen der Hinterziehung der Lohnsteuer, der Nichtabführung der Abgabe zur Arbeitslosenhilfe oder der Vorenthaltung der Krankenkassenbeiträge nicht bestehen. Der Annahme einer natürlichen einheitlichen Handlung zwischen der Hinterziehung der Lohnsteuer und der Vorenthaltung der an das FinA. zu entrichtenden Abgabe zur Arbeitslosenhilfe steht die Verschiedenheit der verletzten Rechtsgüter nicht entgegen, so daß, falls ein Fortsetzungszusammenhang zwischen den einzelnen Hinterziehungen der Lohnsteuer oder der erwähnten Abgabe unter sich besteht und Teilakte dieser fortgesetzten Handlung eine natürliche Einheit zwischen den Hinterziehungen beider Abgaben (Lohnsteuer und Abgabe zur Arbeitslosenhilfe) darstellten, insgesamt nur eine einzige Handlung vorliegen könnte.

(3. Sen. v. 28. Juni 1934; 3 D 468/34.) [W.]

****10.** § 22 Ziff. 1 StPO.; § 240 Ziff. 3 KO.; §§ 237, 261b, 312 HGB.; §§ 29, 78 StGB. **Verletzt i. S. von § 22 Ziff. 1 StPO. ist nur, wer durch die zur Aburteilung stehende Tat unmittelbar persönlich betroffen ist. Die Aufstellung einer unrichtigen Bilanz bedeutet eine unordentliche Buchführung i. S. von § 240 Ziff. 3 KO. Sie kann in der Eintragung erdichteter Vorgänge bestehen. Der Mangel der Übersichtlichkeit der Bücher zur Zeit der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung kann auch auf Vorgängen beruhen, die, wie Buchungen zu einem vorübergehenden Zwecke, vor jenem Zeitpunkte schon abgeschlossen waren. Die Verpflichtung zur Aufnahme der in § 261b HGB. bezeichneten Verbindlichkeiten in die Bilanz bestand schon vor Inkrafttreten dieser Vorschrift. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die ordnungsmäßige Buchführung und Bilanzziehung lastet auf jeder mit den Rechten und Pflichten des Vorstands einer AktG. ausgestatteten Person. Eine Bilanzverschleierung kann schon für sich allein den Tatbestand des § 240 Ziff. 3 KO. erfüllen. — Wer sich vorsätzlicher und fahrlässiger Bankerotthandlungen schuldig gemacht hat, kann nur wegen vorsätzlichen Bankerotts bestraft werden. — Unter den Rücklagen i. S. von § 237 HGB. sind nicht nur die offenen zu verstehen. Für die Berechnung des Gewinnanteils der Vorstandsmitglieder einer AktG. ist es gleichgültig, ob sich die Rücklagen bei der Gesellschaft selbst oder an anderer Stelle angesammelt haben. Aktienrechtliche Untreue kann dadurch begangen werden, daß der Anschein der Tilgung von in Wirklichkeit noch der AktG. zustehenden Forderungen erweckt wird. Lautet der Eröffnungsbeschluß wie das Urt. auf eine fortgesetzte Tat, scheidet das Urt. aber einzelne Teilhandlungen aus, so ist kein Raum für eine Freisprechung. Auf jede Geld- und Ersatzfreiheitsstrafe ist gesondert zu erkennen.†)**

1. Soweit die Rev. mit ihren Darlegungen, die Sachverständigen seien Angestellte einer „bankgebundenen" AktG. und die hiernach in Betracht kommenden Banken seien als Geschädigte am Ausgang des Strafverfahrens „interessiert" gewesen, den Ausschließungsgrund des § 22 Nr. 1 StPO. im Auge gehabt haben sollte, würde diese Rüge nicht durchdringen. Denn „Verletzer" i. S. des § 22 Nr. 1 StPO. ist nur, wer durch die zur Aburteilung stehende Tat unmittelbar persönlich betroffen ist; die Tat muß einen Eingriff in seine Rechte enthalten (RGSt. 67, 219). Diese Voraussetzung würde aber, selbst wenn die Behauptung der Rev. hinsichtlich der „Bankgebundenheit" der AktG. zutreffen würde, bei den abgelehnten Sachverständigen, hinsichtlich deren ein unmittelbares Abhängigkeitsverhältnis zu den geschädigten Banken nicht dargetan ist, nicht gegeben sein.

2. In der Rspr. des RG. ist anerkannt, daß die Bilanz ein wesentlicher Bestandteil der kaufmännischen Buchführung ist (RGSt. 40, 242). Die Aufstellung einer unrichtigen Bilanz, die dazu beiträgt, daß eine Übersicht über den wirklichen Vermögensstand nicht mehr zu gewinnen ist, erfüllt daher zugleich die Merkmale der unordentlichen Buchführung nach § 240 Nr. 3 KO. Eine solche liegt auch in der Eintragung unwahrer, erdichteter Vorgänge. Da durch die Buchführung nicht bloß dem Schuldner, sondern auch den Gläubigern die Möglichkeit gewährt werden soll, sich aus den Handelsbüchern Klarheit über den Vermögenszustand zu verschaffen, so müssen die Bücher selbst eine Übersicht des Vermögenszustandes des Schuldners im einzelnen gewähren (RGSt. 4, 120). Ohne Belang ist es daher, ob die erörterte „Buchungstransaktion" aus den Büchern der H. in ihrem ganzen Umfang hätte erkannt werden können. Denn die H. war, wenn sie auch im Innenverhältnisse von der deutschen AktG. N. in weitgehendem Maße wirtschaftlich abhängig war,

---

Zu 10. Das Urt behandelt eine Reihe von Einzelfragen, die es im Sinne der bisherigen Rspr. und herrschenden Lehre löst. Seinen Ausführungen ist zuzustimmen.

1. a) Nach § 22 Abs. 1 StPO. ist ein Richter von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen, „wenn er selbst durch die strafbare Handlung verletzt ist". In diesem Fall kann er auch nach § 24 StPO. abgelehnt werden. Nach § 338 Abs. 2 und 3 StPO. ist ein Urt. stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen, wenn ein Richter mitgewirkt hat, welcher von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen war.

b) Für Sachverständige gibt es keine gesetzlichen Ausschließungsgründe. Sie können aber nach § 74 StPO. aus denselben Gründen, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen, abgelehnt werden.

c) Es fragt sich nun aber: Wer ist „verletzt" i. S. des § 22

nach den Feststellungen formell, nach außen, eine nach holländischem Recht zu beurteilende AktG.; ihre Bücher wurden daher getrennt von denen der N. geführt und gehörten nicht zu deren Büchern. Das Urt. RGSt. 61, 275 kann der Rev. nicht als Stütze dienen, da dieses Urt. sich lediglich mit dem — hier nicht in Betracht kommenden — Unterschied zwischen einer Handelsbilanz und einer Steuerbilanz befaßt, die für dieselbe Handelsgesellschaft aufgestellt werden.

Zutreffend ist die Behauptung der Rev., daß § 240 Nr. 3 KO. nur dann Platz greift, wenn durch die unordentliche Buchführung die Übersicht des Vermögenszustandes zur Zeit der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung ausgeschlossen ist. Die N. hatte allerdings der H. im Jahre 1928 gewissermaßen die Rückvergütungen der Jahre 1925 und 1926 zurückerstattet. Dies war indes nur zu einem vorübergehenden Zwecke geschehen, nämlich um den für den 30. Juni 1928 vorgesehenen Jahresabschluß der H. dadurch günstig zu beeinflussen. Dementsprechend war dann diese „Transaktion" Ende Nov. 1928 dadurch wieder rückgängig gemacht worden, daß vermittels eines sogenannten „Konjunkturbriefes" der hiernach in Betracht kommende Betrag auf die N. wieder zurückgebucht worden war. Damit war wieder der Zustand eingetreten, der auf Grund der seitens der H. 1925 und 1926 an die N. gewährten Rückvergütungen bestanden hatte. Bei dieser Sachlage dauerte aber die Wirkung der früheren Mängel zur Zeit der Konkurseröffnung noch fort (vgl. RGSt. 29, 222), so daß also auch zu diesem Zeitpunkt die Übersichtlichkeit des Vermögensstandes der N. noch ausgeschlossen war.

Allerdings galt zur Zeit der Aufstellung der Bilanz per 31. Dez. 1928 noch nicht die durch VO. v. 19. Sept. 1931 (RGBl. I, 493, Art. V) eingeführte Vorschrift des § 261b HGB. Nach den erläuternden Bemerkungen des RJM. zu dem dem jetzigen § 261b entsprechenden § 114 Entw. eines Ges. über AktG. und KommGes. a. A. (vgl. S. 114) erschien es dringend geboten, aus Anlaß eines Sonderfalles, nämlich der Vorgänge bei der Frankfurter Allgemeinen Versicherungs-AktG., den Ausweis von Verbindlichkeiten aus Bürgschaften, Wechselbürgschaften und Garantieverträgen in voller Höhe in der Bilanz vorzuschreiben, auch soweit ihnen gleichwertige Rückgriffsforderungen gegenüberstehen. Daraus geht indes nicht hervor, daß vor dem Erlaß des § 261b HGB. keine Verpflichtung zur Aufnahme solcher Verbindlichkeiten in die Bilanz bestanden habe. Bereits im Schrifttum wurde eine dahingehende Verpflichtung überwiegend bejaht (vgl. Staub, 12. und 13. Aufl., Anm. 7 zu § 40 HGB. und Düringer-Hachenburg-Lehmann, Anm. 7c zu § 40 HGB.). Die Verpflichtung ergab sich auch ohne eine ausdrückliche Bestimmung aus der allgemeinen, auch dem § 314 Nr. 1 HGB. zugrunde liegenden Verpflichtung zu wahrer Darstellung des Standes der Verhältnisse der Gesellschaft, insbes. also auch der Verpflichtung zu sogenannter Bilanzwahrheit. Durch § 261b HGB. sollte dies, insbes. auch zur Ausschließung eines Irrtums in der bezeichneten Richtung, erkennbar nur gesetzlich klargestellt werden.

Bezüglich des Angekl. H. L. ist festgestellt, daß er sich an den Arbeiten für die Aufstellung der Bilanzen und an der Bilanzziehung selbst beteiligt, hierüber auch mit seinem Bruder C. L. gesprochen hat. Er hat die Bilanzen dann auch mitunterzeichnet und damit auch nach außen hin zum Ausdruck gebracht, daß er sie mit vertrete und verantworte. Dies entsprach auch seiner Stellung. Denn er war nicht nur Vorstandsmitglied, sondern auch ein dadurch „qualifiziertes" Vorstandsmitglied der N., daß ihm die Vertretung des die Spitze der Gesamtleitung der N. bildenden Bruders C. L. oblag. Die Auffassung der StrK., daß es unter diesen Umständen Pflicht des H. L. war, auch seinerseits die Bilanzaufstellung zu überwachen, insbes. auch sich bei der Aufstellung der Bilanz die nötigen Aufklärungen über die einzelnen Posten zu verschaffen, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Sie steht auch mit der Rspr. des RG. in Einklang, nach der die Verpflichtung zur Buchführung und Bilanzziehung gleichmäßig auf jeder mit den Rechten und Pflichten des Vorstandes einer AktG. ausgestatteten Person lastet (vgl. RGSt. 13, 235). Der von der Rev. behauptete Widerspruch liegt nicht vor. Auf S. 34 ist lediglich festgestellt, daß eine Nachprüfung der „eigentlichen" Buchführung, also der Buchführung im engeren Sinne, zu der die Aufstellung einer Bilanz nicht mit zu rechnen ist, von H. L. als dem in der Hauptsache technischen Leiter der N. nicht zu verlangen war. Nach dem Ausgeführten konnte die StrK. ohne rechtlichen Verstoß hinsichtlich der dem H. L. gesetzlich mit obliegenden Aufstellung der Bilanz andere Anforderungen als hinsichtlich der „eigentlichen" Buchführung stellen. Daß die Bilanz ein wesentlicher Bestandteil der kaufmännischen Buchführung ist und daß deshalb die Aufstellung einer unrichtigen Bilanz zugleich die Merkmale des § 240 Nr. 3 KO. erfüllen kann, ist bereits dargelegt. Die Behauptung der Rev., daß eine Bilanzverschleierung für sich allein ohne Zusammenhang mit den zugrunde liegenden Buchungen niemals den Tatbestand des § 240 Nr. 3 KO. erfülle, trifft in dieser Allgemeinheit nicht zu. In den hier gegebenen Fällen, in denen ein strafbares Verhalten des H. L. bei der Aufstellung der Bilanzen festgestellt worden ist, hat die StrK. ohne erkennbaren Rechtsirrtum angenommen, daß bereits die unrichtigen Bilanzen die Buchführung i. S. des § 240 Nr. 3 KO. unübersichtlich gemacht haben.

4. Soweit in dem einen, von H. L. begangenen Konkursvergehen als unselbständige Bestandteile eine vorsätzliche und zwei fahrlässige Bilanzfälschungen enthalten sind, ist das Konkursvergehen nur als vorsätzlich begangen anzusehen, weil eine und dieselbe strafbare Handlung begrifflich nicht zugleich vorsätzlich und fahrlässig verübt sein kann (vgl.

Abs. 1 StPO.? Diese Frage ist von der Rspr. stets dahin entschieden worden, daß „verletzt" nur derjenige sei, welcher durch die Straftat unmittelbar betroffen ist. Die §§ 22 und 24 StPO. und die §§ 41 ff. ZPO. verfolgen mit den Bestimmungen über Ausschließung vom Richteramt und Ablehnung des Richters verschiedene Zwecke. Die Interessen der Prozeßbeteiligten werden durch die Bestimmung über die Ablehnung der Gerichtspersonen gewahrt; der den § 22 Abs. 1 StPO. und § 41 Abs. 1 ZPO. zugrunde liegende allgemeine Rechtsgedanke, daß niemand Richter in eigener Sache sein soll, dient dagegen dem Ansehen der Rechtspflege. Da man annahm, daß die Interessen der Beteiligten durch die Vorschr. über die Ablehnung ausreichend gewahrt seien, hat man von Anfang an das Bedürfnis für eine weite Auslegung des Begriffs „verletzt" verneint (vgl. schon RGSt. Rspr. 4, 207; 5, 333; RGSt. 24, 343). Dem ist das Schrifttum überwiegend gefolgt (vgl. Löwe-Rosenberg, 18. Aufl., Anm. 5b zu § 22 StPO.; Feisenberger, Anm. 3 zu § 22 StPO.; Gerland, Strafprozeß, § 19 II 1a α).

d) §§ 239 ff. KO. dienen dem Schutz der Konkursgläubiger. Bei Vergehen gegen die §§ 239 ff. KO. sind daher die Konkursgläubiger als „verletzt" i. S. des § 22 Abs. 1 StPO. anzusehen (RGSt. 11, 223), und zwar auch dann, wenn sie zur Zeit ihrer Mitwirkung bei dem angefochtenen Urt. wegen ihrer Forderung schon befriedigt waren (RGSt. 21, 291 ff.). — Die hier in Frage kommenden Banken werden wahrscheinlich juristische Personen gewesen sein. Bei strafbaren Handlungen gegen juristische Personen sind aber nicht einmal ihre Organe oder Mitglieder „verletzt" (RGSt. 23, 361; 67, 220 = JW. 1933, 1465), geschweige denn ihre Angestellten; am wenigsten reicht daher eine bloße „Bankgebundenheit" aus.

2. Nach § 240 Abs. 3 KO. werden bestraft Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, wenn sie „Handelsbücher" zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, oder wenn sie sie „unordentlich geführt" haben, und nach § 240 Abs. 4 KO. werden Schuldner unter den gleichen Voraussetzungen bestraft, wenn sie gegen die Bestimmung des HGB. unterlassen haben, die Bilanz ihres Vermögens in der vorgeschriebenen Zeit zu ziehen. Es fragt sich nun: Kann der Schuldner auch dann bestraft werden, wenn er die Bilanz zwar rechtzeitig, aber unordentlich gezogen hat?

a) Das HGB. stellt in § 39 die Verpflichtung zur Aufstellung von Inventar und Bilanz der durch § 38 begründeten Verpflichtung zur Führung von Handelsbüchern gegenüber. Auch der Umstand, daß auch die KO. in § 240 Abs. 4 die Bilanz neben den in § 240 Abs. 3 erwähnten „Handelsbüchern" behandelt, legt es nahe, den Begriff der „Handelsbücher" i. S. des § 240 Abs. 3 KO. eng zu fassen.

b) Demgegenüber ist aber folgendes zu erwägen: „Die Aufstellung von Inventar und Bilanz hat den Zweck, eine Feststellung des Vermögensbestandes und Übersicht über denselben für den Zeitpunkt der Anfertigung und damit zugleich mittels Vergleichs

Urt. 3 D 190/31 und 3 D 1349/33). Dieses Ergebnis ist nicht in sich widerspruchsvoll; es beruht auf der eigenartigen rechtlichen Gestaltung, die darin liegt, daß die verschiedenen Bankerotthandlungen durch das Band derselben Konkurseröffnung oder Zahlungseinstellung zusammengehalten werden (vgl. RGSt. 16, 277). Dementsprechend war im gegebenen Falle die Strafe auch nur wegen eines vorsätzlichen Konkursvergehens festzusetzen, wobei die unselbständigen, den Umfang der Tat bestimmenden Teilhandlungen bei der Strafzumessung berücksichtigt werden konnten. Dafür, daß die StrK. diese rechtlichen Gesichtspunkte, wenn sie sie auch nicht ausdrücklich erörtert hat, verkannt habe, liegt kein ausreichender Anhalt vor.

5. Die Rüge einer rechtsirrigen Auslegung des § 237 HGB. ist unbegründet. Nach dieser Vorschrift ist im Falle der Gewährung eines Anteils am Jahresgewinn an die Mitglieder des Vorstandes der Anteil von dem nach Vornahme sämtlicher Abschreibungen und Rücklagen verbleibenden Reingewinne zu berechnen. Unter einer Rücklage im Rechtssinne ist nach allgemeinen Begriffen alles zu verstehen, was nicht verteilt wird, sondern zur Verfügung der Gesellschaft bleibt (vgl. RG. 91, 316[1]). Ohne Verstoß konnte daher die StrK. davon ausgehen, daß im Hinblick auf die dargelegte Zweckbestimmung der Ansammlung stiller Reserven für die N. aus fortlaufenden „Gewinnabspaltungen" diese stillen Reserven nicht verteilt werden, sondern als Rücklage zur Verfügung der Gesellschaft bleiben sollten. Der Auffassung der Rev., daß unter dem Begriff der Rücklagen i. S. des § 237 HGB. nur die offenen Rücklagen (Reserven) zu verstehen seien, kann nicht beigetreten werden. Eine so enge Auslegung würde einer Umgehung des Gesetzes Tür und Tor öffnen. Entscheidend ist vielmehr, ob nach den jeweils getroffenen besonderen Bestimmungen, gleichviel, ob diese nach außen hin in die Erscheinung treten, oder nur im Innenverhältnisse bestehen, die in Betracht kommenden Werte nicht verteilt werden, sondern im Gesellschaftsvermögen verbleiben, zurückgelegt, in diesem Sinne „reserviert" werden sollen. Dies war aber bei den stillen Reserven ersichtlich der Fall. Hierbei ist es ohne Belang, ob die stille Reserve einer inländischen AktG. sich bei einer ausländischen Tochtergesellschaft oder an einer anderen Stelle ansammelt. Auch in solchen Fällen sind die stillen Reserven als Rücklagen der inländischen Gesellschaft zu beurteilen. Im gegebenen Falle ist dies um so gewisser anzunehmen, als die H. im Innenverhältnisse in weitgehendem Maße von der N. wirtschaftlich abhängig war und deren Weisungen auszuführen hatte, dementsprechend aber nur formell, nach außen hin, eine nach holländischem Recht zu beurteilende AktG. war. Rechtlich bedeutungslos ist daher, daß nach der Behauptung der Rev. das holländische Recht eine dem § 237 des HGB. entsprechende Bestimmung nicht kennt.

6. Die Annahme der StrK., daß die Angekl. die Merkmale des im § 312 HGB. bezeichneten Vergehens der handelsrechtlichen Untreue verwirklicht haben, ist im Ergebnisse rechtlich nicht zu beanstanden. Durch die von C. L. veranlaßten Gutschriften zugunsten der persönlichen Konten der Angekl. erloschen zwar noch nicht die aus dem Verkauf der Aktien für die N. entstandenen Forderungen gegen die Angekl.; diese Forderungen wurden in ihrem rechtlichen Bestande durch die erörterten Buchungsmaßnahmen nicht berührt. Wohl aber wurde durch diese unrechtmäßigen Gutschriften das Erlöschen der Kaufpreisforderungen der N. durch Aufrechnung mit den den Angekl. gutgeschriebenen Forderungen vorgetäuscht und damit der Anschein der Tilgung der in Wirklichkeit noch bestehenden Kaufpreisforderungen der N. erweckt, hierdurch aber mangels rechtzeitiger Entdeckung die Geltendmachung dieser Forderungen verhindert. Damit wurden tatsächliche Einwirkungen auf die Kaufpreisforderungen und hierdurch auch nachteilige Verfügungen über sie vorgenommen. Dies ist ersichtlich auch die Auffassung der StrK., wenn von einer „rechtswidrigen Verfügung" über die Forderungen die Rede ist. Daß durch derartige Buchungsmaßnahmen die Merkmale des Verfügens über Forderungen eines Auftraggebers zu dessen Nachteil i. S. des § 266 Nr. 2 StGB. verwirklicht werden können, ist in der Rspr. des RG. anerkannt (vgl. RGSt. 61, 78 und Urt. 1 D 955/31). Die dieser Rspr. zugrunde liegenden Gesichtspunkte begründen auch die Annahme eines absichtlichen Handelns zum Nachteile der Gesellschaft i. S. des § 312 HGB.

7. Ist das Hauptverfahren wegen einer fortgesetzten Tat eröffnet und verurteilt das erkennende Gericht wegen einer solchen, scheidet dabei aber einzelne Teilhandlungen als nicht nachweisbar oder als nicht strafbar aus, so ist der Angekl. insoweit nicht freizusprechen. Bleibt jedoch nur eine strafbare Einzelhandlung übrig oder nimmt das Gericht zwischen mehreren übrigbleibenden Einzelhandlungen Tatmehrheit an, so muß der Angekl. hinsichtlich der ausgeschiedenen Fälle freigesprochen werden (vgl. RGSt. 57, 302, und Urt. 3 D 433/33). Bei Berücksichtigung der hiernach aufgestellten Grundsätze sind im gegebenen Falle die Voraussetzungen für eine Freisprechung der Angekl. hinsichtlich der ausgeschiedenen Einzelhandlungen nicht gegeben. Die StrK. hat die nach dem Eröffnungsbeschlusse als eine Fortsetzungstat gewürdigten Einzelhandlungen in drei Gruppen von Handlungen aufgelöst, die aber in jeder Gruppe unter sich selbst wieder fortgesetzte Handlungen, nicht also nur Einzelhandlungen darstellten. Sie nimmt indes an, daß die ausgeschiedenen Einzelhandlungen, wenn sie erwiesen worden wären, mit den festgestellten drei fortgesetzten Handlungen oder auch nur mit einer von ihnen im Fortsetzungszusammenhang gestanden haben würde. Diese Darlegung könnte nach ihrem Wortlaute mißverständlich erscheinen; die StrK. will indes damit offensichtlich zum Ausdruck bringen, daß eine nicht erwiesene

---

der verschiedenen Bilanzen eine Übersicht über die Ergebnisse der Geschäftsführung zu gewähren. Wenn dieser Zweck erreicht werden und die Bilanz eine der objektiven Wahrheit möglichst nahekommende Darlegung der Vermögenslage gewähren soll, kann es nicht genügen, daß die vorhandenen Vermögensstücke mit einer beliebigen Wertangabe eingestellt und die dem Kaufmann zustehenden Forderungen mit Rücksicht auf ihre Uneinbringlichkeit mit dem Nominalbetrage eingesetzt werden. Vielmehr ist es von der wesentlichsten Bedeutung, daß der wahre Wert der einzelnen Vermögensbestandteile angegeben wird" (RGSt. 13, 355). Mit Rücksicht auf diese Erwägungen aus dem Zweck des Gesetzes hat das RG. von jeher trotz der mißverständlichen Ausdrucksweise und Systematik der KO. angenommen, daß auch die Anfertigung der Bilanz als ein Bestandteil der „Buchführung" i. S. des § 240 Abs. 3 KO. anzusehen sei. Dem ist das Schrifttum gefolgt (vgl. z. B. Mentzel, 4. Aufl., Anm. 12 zu § 240 KO.; Staub, 12. u. 13. Aufl., Anm. 2 unter II 2 zu § 40 HGB.).

3. § 240 Abs. 3 KO. findet nur dann Anwendung, wenn durch die unordentliche Buchführung die Übersicht des Vermögenszustandes zur Zeit der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung ausgeschlossen ist. Das hat man immer in folgender Weise begründet: In dem (jetzigen) § 240 Abs. 3 KO. wird vorausgesetzt, daß der Täter seine Handelsbücher so unordentlich geführt hat, „daß sie keine Übersicht über deren Vermögensstücke gewähren". Aus der Verwendung dieses Ausdrucks hat man geschlossen, daß das Gesetz zwar keinen ursächlichen Zusammenhang zwischen dem durch unordentliche Buchführung herbeigeführten Mangel der Übersicht über die Vermögenslage und der Zahlungseinstellung voraussetzt, wohl aber ein zeitliches Zusammentreffen der beiden Merkmale (RGSt. 5, 416). Daraus folgt aber weiter: Wirkt eine frühere unordentliche Buchführung trotz späterer richtiger Buchungen noch zur Zeit der Zahlungseinstellung in der Weise fort, daß zu dieser Zeit keine richtige Übersicht über die Vermögenslage des Schuldners möglich ist, so ist den Voraussetzungen des § 240 Abs. 3 KO. insoweit genügt.

4. Täter des Vergehens gegen § 240 KO. ist der „Schuldner". Wer ist dies, wenn eine juristische Person des Handelsrechts, insbes. eine AktG., Zahlungen eingestellt hat?

a) Bis zum Inkrafttreten der KO. v. 10. Febr. 1877 hatte man gegen die Anwendung der konkursrechtlichen Strafvorschriften auf die Vorstandsmitglieder der AktG. das Bedenken erhoben, daß jene Vorschr. die Personengleichheit zwischen demjenigen, der seine Zahlungen einstellt, und demjenigen, der die Bankrotthandlung verübt, voraussetze. Diese Voraussetzung sei aber bezüglich der in Konkurs gefallenen Gesellschaften und ihrer Vorstandsmitglieder zu verneinen (Plenarentsch. des PrObTrib. in Oppenhoff, Rspr., Bd. 15 S. 753).

b) Um diese Bedenken zu beseitigen, wurde die Bestimmung des § 214 KO. (jetzt 244) geschaffen (Hahn, Materialien zur KO. Bd. 4 S. 406). Nach § 244 KO. sind die Mitglieder des Vorstandes zu bestrafen, „wenn sie in dieser Eigenschaft die mit Strafe bedrohten Handlungen begangen haben". Gemäß § 239 HGB. hat

[1]) JW. 1918, 174, 175.

Einzelhandlung — wie dies ja auch selbstverständlich ist — auch nur mit einer der drei festgestellten fortgesetzten Handlungen im Fortsetzungszusammenhang gestanden hätte; sie läßt es nur dahingestellt, ob die nicht erwiesenen Einzelhandlungen sich auf die drei fortgesetzten Handlungen verteilen oder auch nur mit einer dieser fortgesetzten Handlungen im Fortsetzungszusammenhang stehen würden. Dann liegt aber in den erörterten Ausführungen kein Widerspruch; sie geben, da sie auch nicht der erforderlichen Bestimmtheit entbehren, zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß. Da nicht lediglich mehrere selbständige Einzelhandlungen, sondern mehrere unter sich im Fortsetzungszusammenhang stehende Handlungen festgestellt sind, bedurfte es zur Erschöpfung der Strafklage hinsichtlich der ausgeschiedenen Einzelhandlungen keiner besonderen Freisprechung.

8. Soweit die StrK. Geldstrafen festgesetzt hat, hat sie in der Urteilsformel auf die sich aus der Zusammenrechnung der Einzelstrafen ergebenden Gesamtbeträge der Geldstrafen erkannt und hat weiter ausgesprochen, daß bei beiden Angekl. im Unvermögensfalle für je 100 *RM* ein Tag Gefängnis, bei dem Angekl. C. L. jedoch bis zum Höchstmaß von einem Jahre Gefängnis tritt. Dies steht im Widerspruch mit § 78 Abs. 1, 2 StGB., wonach auf jede Geldstrafe und auf jede Ersatzfreiheitsstrafe gesondert zu erkennen ist. Auch war nicht mehr von einem den Geldbetrag einer eintägigen Freiheitsstrafe festsetzenden Umwandlungsmaßstab auszugehen; vielmehr war für jede einzelne Geldstrafe die insgesamt an ihre Stelle tretende Ersatzstrafe auszusprechen (RGSt. 60, 244). Fehlerhaft ist weiter, daß bei dem von der StrK. gewählten Umwandlungsmaßstab die drei gegen C. L. festgesetzten Ersatzgefängnisstrafen von 200, 200 und 100 Tagen Gefängnis mit ihrem Gesamtbetrag von 500 Tagen Gefängnis das von der StrK. bestimmte Höchstmaß von einem Jahre = 365 Tagen Gefängnis überschreiten. Da anzunehmen ist, daß bei richtiger Anwendung des § 29 Abs. 2 StGB. kein dem Angekl. C. L. günstigerer Umwandlungsmaßstab gewählt worden wäre, andererseits aber die StrK. im Falle einer Zurückverweisung der Sache im Hinblick auf § 358 Abs. 2 StPO. bezüglich der Ersatzfreiheitsstrafen an das Höchstmaß von einem Jahre Gefängnis gebunden sein würde, können die sämtlichen Rechtsfehler von hier aus durch Berichtigung der Urteilsformel beseitigt werden. Dies hatte bei C. L. in der Weise zu geschehen, daß die diesen treffenden Ersatzfreiheitsstrafen verhältnismäßig so weit ermäßigt wurden, daß ihr Gesamtbetrag 365 Tage Gefängnis nicht überschreitet. Danach ergeben sich für je 20000 *RM* je 146 Tage und für 10000 *RM* 73 Tage Gefängnis.

(3. Sen. v. 28. Juni 1934; 3 D 365/34.) [W.]

<= RGSt. 68, 245>

„der Vorstand" Sorge dafür zu tragen, daß die erforderlichen Bücher der Gesellschaft geführt werden.

c) Danach fragt sich: Trifft jedes Vorstandsmitglied die Pflicht, dafür „Sorge zu tragen", daß die erforderlichen Bücher der Gesellschaft geführt werden oder nur diejenigen, denen dies besonders durch Gesellschaftsvertrag oder Vorstandsbeschluß aufgetragen worden ist? Auch hier muß wieder der Zweck des Gesetzes entscheiden: Die handelsrechtlichen Vorschr. über die Pflichten der Kaufleute zur Buchführung und Bilanzziehung sind im Interesse des Handelsverkehrs, vor allem der Ordnung des Kreditwesens geschaffen. Nur das öffentliche Interesse hat dazu geführt, die Erfüllung jener Gebote durch Strafandrohungen für den Fall des Konkurses zu sichern. Dieser Zweck würde nicht vollständig erreicht werden können, wenn der Gesellschaftsvertrag oder eine Vorstandssitzung jene Pflicht „des Vorstandes" einem beliebigen Vorstandsmitglied übertragen könnte. Daraus folgt, 1. daß jedes Vorstandsmitglied strafrechtlich verantwortlich sein muß, und 2. daß es grundsätzlich ohne Bedeutung ist, ob der Gesellschaftsvertrag oder ein Vorstandsbeschluß die Kontrolle der Buchführung ausschließlich einem Mitgliede des Vorstandes übertragen hat (VerStrSen.: RGSt. 13, 235 ff.).

5. Die Ausführungen des RG. über das Verschulden des H. L. (unter 4) sind nicht ganz unmißverständlich. Daß eine bei natürlicher Betrachtungsweise „einheitliche" strafbare Handlung nicht gleichzeitig vorsätzlich und fahrlässig begangen werden kann, gilt nicht nur für Konkursvergehen, sondern auch für sonstige strafbare Handlungen. Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung sind rechtssystematisch nur Strafbarkeitsbedingungen, nicht Merkmale des äußeren Tatbestandes (Mentzel, Anm. 2 zu § 239 KO.). Das Verschulden des Täters braucht sich also nicht auf sie zu erstrecken. Rechtspolitisch muß aber als Grund für die Strafbarkeit nicht das Verwerfliche der in § 240 Abs. 1—4 aufgezählten Handlungen an sich aufgefaßt werden, sondern die leichtfertige Beschädigung oder Gefährdung des Vermögens der Gläubiger. „Die Herbeiführung des Konkurses ist die schuldhafte Handlung des § 209 a. a. O. (jetzt 239 KO.) und die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung hat die Bedeutung der Fixierung des Zeitpunktes, in welchem das Gesetz ohne speziellen Nachweis einer Beschädigung dieselbe als existent annimmt" (RGSt. 13, 43). Nach der Absicht des Gesetzes stellen sich daher die in § 239 Abs. 1—4 bzw. § 240 genannten Vorgänge „nur als verschiedene, wenngleich gesetzlich genau bezeichnete Richtungen der nämlichen einen Straftat dar" (RGSt. 11, 253); es ist also zwischen den einzelnen Tatbeständen des § 240 Abs. 1—4 im Falle nur einer Zahlungseinstellung weder gleichartige noch ungleichartige Tatmehrheit möglich.

6. § 237 HGB. sagt: „Wird den Mitgliedern des Vorstandes ein Anteil am Jahresgewinn gewährt, so ist der Anteil von dem nach Vornahme sämtlicher Abschreibungen und Rücklagen verbleibenden Reingewinn zu berechnen." Es entstand hier die Frage: Was sind „Rücklagen" im Sinne dieser Bestimmung? Hierüber besteht Streit:

Im Schrifttum wird überwiegend die Ansicht vertreten, „Rücklage" i. S. des § 237 HGB. bedeute dasselbe wie „Reservefonds" in § 261 Abs. 5 HGB. (a. F.). Reservefonds oder Rücklage sei „alles das, was von den vorhandenen Werten nicht verteilt wird, sondern in dem Gesellschaftsvermögen bleibt" (vor allem Staub, 12./13. Aufl., Anm. 13 zu § 237).

Das RG. meint dagegen, der Begriff der Rücklage sei weiter zu erstrecken als der des Reservefonds. „Er umfaßt auch solche Gewinnanteile, die nicht länger für die Zwecke der Gesellschaft zurückbehalten werden, sondern in dem neuen Geschäftsjahr alsbald Verwendung finden sollen" (RG. 91, 315 = JW. 1918, 174).

Der Streit kann hier auf sich beruhen. Denn jedenfalls wollen die Vertreter der weniger weitgehenden Lehrmeinung die Übereinstimmung des Ausdrucks „Rücklage" in § 237 mit dem Ausdruck „Reservefonds" in § 261 Abs. 5 nicht so verstanden wissen, daß auch als „Rücklage" nur solche Posten anzusehen seien, die in der Bilanz auf der Passivseite erscheinen. Staub (Anm. 14 zu § 237 HGB.) stellt als „Allgemeine Ansicht" fest, daß „Reservebestellungen jeder Art, welches auch immer ihr Rechtsgrund, ihr Name und ihre Bestimmung sei, tantiemefrei bleiben" müssen. Die Auffassung des obenstehenden Urt., daß auch „stille Reserven" unter § 237 HGB. fallen, wird im übrigen auch dem Zweck dieser Bestimmung gerecht.

7. § 312 HGB. setzt im äußeren Tatbestande voraus, daß Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsrats oder Liquidatoren zum Nachteile der Gesellschaft „handeln". Schon der gegenüber § 266 StGB. a. F. weitere Wortlaut dieser Bestimmung nötigt zu der Auslegung, daß sowohl rechtliche als auch tatsächliche Einwirkungen auf Forderungen der Gesellschaft den Tatbestand des Gesetzes erfüllen können. Im übrigen hatte dies das RG. ja sogar — mit Recht — für das „Verfügen" in § 266 Abs. 2 StGB. a. F. angenommen (RGSt. 66, 289).

„Absicht" i. S. von § 312 HGB. ist wesensgleich mit „Vorsatz" im technischen Sinn (RG. 66, 261).

8. Auch die Ausführungen über die verfahrensrechtliche Behandlung der Konkurrenzfragen und die Umwandlung der Freiheitsstrafe in Geldstrafe entsprechen bisheriger Rspr. und sind zu billigen.

RA. Dr. W. Matzke, Berlin.

Reichserbhofgericht

1. §§ 1 Abs. 2, 49 Abs. 1 RErbhofG.

1. Ein neuer selbständiger Beschwerdegrund ist bei gleichlautenden Vorentscheidungen unter anderem dann gegeben, wenn die Beschwerdeentscheidung auf der Verletzung wesentlicher Vorschriften über das Beschwerdeverfahren beruht.

2. Ständig durch Verpachtung genutzt i. S. des § 1 Abs. 2 RErbhofG. ist Grundbesitz, der für den Eigentümer und seine Familie nicht mehr Heim, Nahrungs- und Arbeitsstätte, sondern lediglich ein Vermögen ist, das durch die Arbeit eines anderen Zins bringt.

Die Polizeiobersekretärsfrau Martha E. in B. ist Eigentümerin eines landwirtschaftlichen Grundbesitzes in Größe von 10,0573 ha und eines weiteren Weidegrundstückes von 1,1331 ha.

In einer Eingabe an das AnerbG. erhob sie „Einspruch" dagegen, daß dieser Grundbesitz in das für die Feststellung der Erbhöfe dienende Verzeichnis der Höfe eines Umfangs von mindestens 7½ ha aufgenommen worden sei; ihr Grundbesitz sei wegen ständiger Verpachtung kein Erbhof. Das AnerbG. stellte mit Beschluß v. 30. Jan. 1934 die Erbhofeigenschaft fest. Gegen diesen ihr am 17. Febr. 1934 zugestellten Beschluß legte die Antragstellerin durch die RA. T. und S. sofortige Beschwerde ein, mit der Begründung, die Eigentümerin nutze den Besitz nur durch Verpachtung, das Weidegrundstück sei bereits seit 90 Jahren verpachtet und liege zwei Stunden von der Hofstelle entfernt; weder die Eigentümerin noch ihr Ehemann hätten nach bisheriger Lebensführung und beruflicher Stellung Neigung und Sinn für Landwirtschaft; auch ihre beiden Kinder hätten niemals daran gedacht, den Hof selbst zu bewirtschaften; der Sohn sei Arzt, die Tochter technische Lehrerin. Das PrLErbhGer. holte unter anderem eine Auskunft des Gemeindevorstehers in M. darüber ein, wie lange die Antragstellerin in M. gelebt und wer den Hof in den letzten 30 Jahren bewirtschaftet habe. Der Bericht des Gemeindevorstehers besagt, daß Frau E. im Jahre 1901 bei ihrer Verheiratung von M. verzogen und zuvor einmal vier Jahre in Amerika gewesen sei, und daß die Ländereien bis 1926/27 teils verpachtet, teils von der ehemaligen Besitzerin Witwe B. bewirtschaftet, seit 1927 aber restlos verpachtet gewesen seien. Das LErbhGer. wies die Beschwerde mit der Maßgabe zurück, daß das Grundstück in S. nicht zum Erbhofe gehöre.

Frau E. legte gegen diesen Beschluß sofortige weitere Beschwerde ein. Darin führt sie aus: Die angef. Entsch. beruhe unter anderem aus der Auskunft des Gemeindevorstehers in M., diese sei ihr nicht mitgeteilt worden; insoweit sei ihr das rechtliche Gehör nicht gewährt worden; eine solche Verletzung wesentlicher Vorschr. über das Beschwerdeverfahren bilde einen selbständigen Beschwerdegrund. Ferner habe das LErbhGer. nicht geprüft, ob der Grundbesitz ohne das Weidegrundstück noch eine Ackernahrung sei. Im übrigen verteidigt die BeschwF. die Auffassung, daß der Grundbesitz infolge ständiger Verpachtung kein Erbhof sei.

Die weitere Beschwerde ist rechtzeitig und formgerecht eingelegt. Sie ist auch nach § 49 Abs. 4 Satz 1 RErbhofG. zulässig, denn die Entsch. des LErbhGer. hat der BeschwF. einen neuen selbständigen Beschwerdegrund gegeben. Eine neue Beschwer ist auch bei gleichlautenden Vorentscheidungen unter anderem dann gegeben, wenn die Beschwerdeentscheidung auf der Verletzung wesentlicher Vorschr. über das Beschwerdeverfahren beruht. Es ist also zu prüfen, ob die gegen das Verfahren des LErbhGer. erhobenen Beanstandungen durchgreifen.

Das ist nicht der Fall, soweit sich die BeschwF. darüber beschwert, daß sie nicht das erforderliche rechtliche Gehör gefunden habe. Nach § 12 Abs. 2 Satz 1 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG. in der Fass. des § 7 der 3. DurchfVO. sollen die Anerbenbehörden den Beteiligten vor der Entsch. Gelegenheit zur Äußerung geben. Dabei ist es in das Ermessen der Anerbenbehörden gestellt, wieweit sie den Kreis der Beteiligten ziehen und welche Beweise sie erheben wollen. Dem Ermessen sind allerdings Grenzen gesetzt. Mit der Pflicht der Anerbenbehörden, den Sachverhalt erschöpfend festzustellen und die Wahrheit zu ermitteln, würde es sich nicht vereinbaren lassen, wenn den Beteiligten Beweisstoff vorenthalten und dadurch die Möglichkeit abgeschnitten würde, die Ermittlungen ergänzen zu lassen und Gegenvorstellungen zu erheben. In dieser Beziehung ist jedoch die BeschwF. nicht benachteiligt worden. Die Auskunft des Gemeindevorstehers in M. deckt sich im wesentlichen mit dem eigenen Vorbringen der BeschwF.; sie brauchte ihr deshalb nicht vorgehalten zu werden.

Dagegen hätte das LErbhGer., nachdem es einem Teil des Grundbesitzes die Zugehörigkeit zum Erbhofe abgesprochen hatte, prüfen müssen, ob der übrige Grundbesitz in Größe von 10,0573 ha noch eine Ackernahrung ist. Da es diese Prüfung unterlassen hat, ist für die BeschwF. ein neuer selbständiger Beschwerdegrund entstanden.

Sachlich ist jedoch die weitere Beschwerde unbegründet.

Das RErbhofG. hat im § 1 Abs. 2 den Höfen, die ständig durch Verpachtung genutzt werden, die Erbhofeigenschaft aberkannt. Damit hat es den Grundbesitz treffen wollen, der für die Familie des Eigentümers nicht mehr Heim, Nahrungs- und Arbeitsstätte, sondern lediglich ein Vermögen ist, das durch die Arbeit eines anderen einen Zins bringt. Es kommt daher — insoweit ist den Ausführungen der Beschwerde beizutreten — für die Frage, ob ein Hof ständig durch Verpachtung genutzt wird, in der Regel nicht so sehr auf die Dauer der Verpachtung als auf die Absicht des Verpächters an, für sich und seine Familie die Verbundenheit mit der Scholle dauernd aufzugeben. Infolgedessen gibt die Tatsache, daß der Hof mit allen dazu gehörigen Ländereien erst 1928 verpachtet worden ist, für sich allein nicht den Ausschlag. Entscheidend kommt es vielmehr darauf an, ob die Verpachtung des Hofes nach den Lebensverhältnissen der Beteiligten und allen sonstigen Begleitumständen dazu dienen sollte, den Grundbesitz hinfort nur wie eine Vermögensanlage zu nutzen.

Die BeschwF. ist zwar im Jahre 1901, als sie 28 Jahre alt war, durch ihre Heirat in städtische Lebensverhältnisse gekommen, und sie hat seitdem mit ihrem Mann, der erst Soldat war und dann Beamter geworden ist, einen städtischen Hausstand geführt. Auch hat sich keins ihrer beiden Kinder in der Ausbildung und Berufswahl darauf eingestellt, den Hof zu bewirtschaften, denn der Sohn ist Arzt geworden, die Tochter technische Lehrerin.

Andererseits sind aber die Tatsachen zu berücksichtigen, die das LErbhGer. hervorgehoben hat: Die BeschwF. ist auf dem Hof groß geworden. Sie hat mit einer nur vierjährigen Unterbrechung bis zu ihrem 28. Lebensjahr an der Seite der Mutter auf dem Hof gearbeitet. Sie hat auch nach ihrer Heirat der Mutter bis zu deren Tode im Jahre 1927 bei der Bewirtschaftung des Hofes mit Rat und Tat beigestanden und dadurch die Verbindung mit der elterlichen Scholle aufrechterhalten. Die in der Beschwerdeschrift vertretene Auffassung, die BeschwF. habe den Hof von vornherein nur als Vermögensanlage erworben, trifft nicht zu. Der Eigentumserwerb der BeschwF. beruht auf den Übergabeverträgen, die zwischen Mutter und Tochter zunächst 1919 über die Weide und im Jahre 1922 über den Rest des Grundbesitzes abgeschlossen worden sind. In den beiden Verträgen hat die Mutter bestätigt, daß ihr die BeschwF. stets mit Rat und Tat beigestanden habe und dies auch weiter tun wolle. Das läßt erkennen — wie das LErbhGer. richtig folgert —, daß die BeschwF. zu Lebzeiten der Mutter ihre Verbundenheit mit dem elterlichen Grund und Boden nicht aufgegeben hat und nicht hat aufgeben wollen. Dieselbe Willensrichtung zeigt ihr Verhalten nach dem Tode der Mutter. Es hätte nahegelegen, daß die BeschwF. nunmehr den Hof veräußert hätte, wenn sie wirklich ihre Verbindung mit dem Hof hätte lösen wollen. Sie hat jedoch den Hof behalten und ihn seit 1. April 1928 durch einen Pächter bewirtschaften lassen. Da sie, durch ihren Hausstand an die Stadt gebunden, den Hof selbst nicht bewirtschaften konnte, kam eine andere Nutzung als die durch Verpachtung nicht in Betracht. Unter diesen Umständen kann aus der Tatsache, daß sie die Besitzung nach dem Tode der Mutter verpachtet hat, nicht geschlossen werden, daß ihr der elterliche Hof hinfort nicht mehr bedeuten sollte als ein Vermögen, das einen Zins abwirft. Die von der BeschwF. begehrte Feststellung, daß der Hof ständig durch Verpachtung genutzt worden ist und deshalb nicht Erbhof geworden ist, kann daher nicht getroffen werden.

Daß der Hof auch ohne die Weide, die das LErbhGer. aus zutreffenden Gründen als nicht zum Erbhof gehörig bezeichnet hat, die Erbhofeigenschaft hat, unterliegt nach den Auskünften des Kreisbauernführers weder in bezug auf die Bauernfähigkeit der BeschwF. noch in sachlicher Beziehung einem begründeten Zweifel. Der in M. liegende Grundbesitz mit Hofstelle ist 10,0573 ha groß. Selbst wenn davon, wie in der Begründung der weiteren Beschwerde gesagt ist, eine Fläche von 1,8773 ha ertragsloses Ödland ist, so reicht doch das verbleibende nutzbare Land zur Ackernahrung aus, denn es ist dem Pächter möglich, auf dem Betrieb ein Pferd, acht Kühe und einige Schweine zu halten.

Hiernach war die weitere Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen.

(RErbhGer., Beschl. v. 23. Juli 1934, 2 RB 88/34.)

*

2. § 37 RErbhofG.

1. Der Genehmigung nach § 37 RErbhofG. unterliegt nur das dingliche Veräußerungsgeschäft, nicht das schuldrechtliche Grundgeschäft. Gegenstand der Genehmigung ist dabei die Erfüllung eines inhaltlich bestimmten Verpflichtungsgeschäfts; sie kann bei Feststehen des letzteren auch schon vor der Vornahme des dinglichen Geschäfts erteilt werden.

2. Wird die Genehmigung zu einer Veräußerung schon vor der Auflassung erteilt, so ist damit nicht gesagt, daß den Beteiligten auch ein Anspruch auf Erteilung der Auflassung zusteht.

Der Halbhöfner Peter M. war Eigentümer einer Halbhofstelle in K. mit einer Gesamtfläche von 58,1865 ha, die sich seit 30. Okt. 1931 in Zwangsversteigerung, und seit 26. Juli 1932 in Zwangsverwaltung befindet und nach seinem am 8. Dez. 1932 erfolgten Ableben auf Grund des Höfegesetzes für die Provinz Hannover auf den ältesten Sohn Johann M. als Anerben übergegangen ist. Am 11. Jan. 1933 eröffnete das AG. Z. das Konkursverfahren über den Nachlaß des Peter M. Der Konkursverwalter, Hermann M. in B., der auch zum Zwangsverwalter bestellt war, verkaufte am 10. Febr. 1933 einen Teil des Guts mit den Gebäuden und dem Inventar und einer Fläche von 24,4579 ha an den Landwirt Johann B., der seinerseits Land an drei Landarbeiter zur Festigung ihres Besitzes abgab, und am 21. Febr. 1933 eine weitere Fläche von 27,5515 ha an Johann Br., Hinrich H.

und Christian Kl. zu Siedlungszwecken sowie eine Wiese und Weide zu 3,1160 ha an fünf Einwohner von Kl., so daß von der Hofstelle nur noch ein Rest von 3,0611 ha verbleibt. Die Kaufverträge erhielten die Genehmigung nach § 8 der 2. AusfVO. v. 14. März 1933 zur VO. des RPräs. über den landw. Vollstreckungsschutz v. 14. Febr. 1933 (RGBl. I, 104) durch den Beschluß des AG. Z. v. 4. Juli 1933, der sodann auf die sofortige Beschw. des Johann M. durch Beschluß des LG. St. bestätigt wurde. Hierauf wurde die Auflassung an Br., H. und Kl. vom 25. Okt. 1933 und an B. am nächsten Tage durch den Konkursverwalter vorgenommen, während sie für die 3,1160 ha noch aussteht.

Am 23. Nov. 1933 stellte der Konkursverwalter Antrag an das AnerbG. auf Feststellung, daß der zur Nachlaßkonkursmasse gehörende Grundbesitz kein Erbhof sei, für den Fall der Bejahung dieser Eigenschaft aber auf die Genehmigung der Grundstücksveräußerungen. Er machte geltend, Johann M. sei mangels Ehrbarkeit und Tauglichkeit zur Wirtschaftsführung nicht bauernfähig. Das AnerbG. Z. erhob in mündlicher Verhandlung, zu der sich Johann M. trotz Ladung nicht einfand, Beweis und erließ sodann am 18. Dez. 1933 Beschluß dahin, daß das Besitztum kein Erbhof sei, weil dem Eigentümer Ehrbarkeit und Fähigkeit zur Bewirtschaftung und demgemäß die Bauernfähigkeit fehle. Auf die Beschw. des Johann M. hörte das LErbhGer. noch den Kreisbauernführer und erließ sodann einen Beschluß des Inhalts, daß in Änderung der angefochtenen Entsch. die Veräußerungen gemäß den Kaufverträgen vom 10. und 21. Febr. 1933 genehmigt würden und mit dieser Einschränkung die sofortige Beschw. des Johann M. gegen den Beschluß des AnerbG. zurückgewiesen werde. Ferner wurde die Beschw. des M. gegen den Beschluß des AnerbG. Z. vom 16. Febr. 1934 abgewiesen, durch den sein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumnis des Termins vor dem AnerbG. am 18. Dez. 1933 abgelehnt worden war. Das LErbhGer. ließ es aus praktischen Gründen dahingestellt, ob M beim Inkrafttreten des RErbhofG. bauernfähig war und demnach die Erbhofeigenschaft des Hofes gegeben ist, und bemerkte dazu, daß zur sicheren Beantwortung dieser Frage weitere Ermittlungen hätten vorgenommen werden müssen, wodurch die Entsch. weiter verzögert werde, was zur Wahrung der Belange der Siedler unbedingt zu vermeiden sei. Es werde deshalb sofort über den i. S. der Genehmigung entscheidungsreifen Hilfsantrag des Konkursverwalters erkannt, wenn auch an sich der Genehmigung der Veräußerungen die Entsch. über die Frage, ob die Erbhofeigenschaft gegeben sei, vorauszugehen habe. M. erleide dadurch keinen Nachteil, weil die Hofstelle nach der Sachlage doch unter keinen Umständen mehr zu halten sei. Für die Genehmigung spreche als wichtiger Grund (§ 37 Abs. 2 Satz 1 RErbhofG.) insbes. die Lage der Erwerber und der Umstand, daß der Eigentumsübergang vor dem 1. Okt. 1933 nur durch die Verschleppungsmachenschaften des M. verhindert worden sei Der Genehmigungsantrag sei wirksam vom Konkursverwalter und durch den beurkundenden Notar gestellt.

Gegen den Beschluß legte M. sofortige weitere Beschw. ein. Der BeschwF. hält es für unzulässig, über die Veräußerungsgenehmigung zu entscheiden, bevor feststehe, daß der zu veräußernde Grundbesitz zu einem Erbhof gehöre. Er bekämpft ferner die Gründe, auf die das LErbhGer. die Erteilung der Genehmigung gestützt hat. Schließlich macht er geltend, daß ihm das rechtliche Gehör versagt worden sei, und daß die Genehmigungsentscheidung des LErbhGer. ohne wirksamen Genehmigungsantrag erlassen worden sei.

Dem RErbhGer. haben die einschlägigen Grundakten, Konkurs- und Zwangsversteigerungsakten vorgelegen.

Die sofortige weitere Beschw. ist frist- und formgerecht eingelegt. Ihre Zulässigkeit begegnet auch im Hinblick auf § 49 Abs. 4 RErbhofG. keinen Bedenken, da Entsch. verschiedenen Inhalts vorliegen und schon die Entsch. nach dem Hilfsantrag einen neuen selbständigen Beschwerdegrund gibt. Sachlich ist die Beschw. unbegründet.

Der Genehmigung nach § 37 RErbhofG. unterliegt das dingliche Veräußerungsgeschäft, nicht das schuldrechtliche Grundgeschäft (RG. 142, 312 [1]). Die Genehmigung wird aber zu einer Veräußerung erteilt oder versagt, deren Bedingungen sich aus dem schuldrechtlichen Geschäft ergeben; mit anderen Worten: genehmigt wird die Erfüllung eines inhaltlich bestimmten Verpflichtungsgeschäfts. Die Genehmigung kann daher schon vor der Vornahme des dinglichen Geschäfts (Auflassung, Einigung) erwirkt werden. Der Inhalt des Rechtsgeschäfts einschließlich des schuldrechtlichen Teils muß dabei aber genau feststehen.

Selbstverständliche Voraussetzung für die Genehmigung nach § 37 RErbhofG. ist es an sich, daß der Grundbesitz, über den verfügt wird, ein Erbhof ist oder zu einem Erbhof gehört. Denn andernfalls fehlt es an einer Grundlage für ein Tätigwerden der Anerbenbehörden. Gleichwohl ist es nicht zu beanstanden, daß aus besonderen Gründen die Genehmigung ausnahmsweise auch dann schon erteilt wird, wenn die Erbhofeigenschaft noch nicht zweifelsfrei feststeht. Ein solcher Fall liegt auch hier vor, wie das LErbhGer. zutreffend dargelegt hat. Wird in solchem Falle die Genehmigung erteilt, so steht mit der Genehmigung nur fest, daß, wenn der Grundbesitz zu einem Erbhof gehört, auf Grund des § 37 RErbhofG. Einwendungen gegen die Rechtswirksamkeit des dinglichen Veräußerungsgeschäfts nicht erhoben werden können. Darüber hinaus enthält die Erteilung der Genehmigung keine Stellungnahme zur Frage der Rechtswirksamkeit des Geschäfts; insbes. ist, wenn die Genehmigung schon vor der Auflassung ausgesprochen wird, offen gelassen, ob den Beteiligten ein Anspruch auf Erteilung der Auflassung zusteht. Ist die Hofstelle des Johann M. am 1. Okt. 1933 Erbhof geworden, worüber weder der Beschluß des LErbhGer. noch der gegenwärtige Beschluß etwas aussagt, so würde sie mit diesem Zeitpunkte aus der Konkursmasse ausgeschieden sein (§ 1 KO., § 38 ERrbhofG.). Die Verfügungsbefugnis des Konkursverwalters wäre dann entfallen und wieder zum Eigentümer zurückgekehrt. Die vom Konkursverwalter am 25. und 26. Okt. 1933 erklärten Auflassungen wären infolgedessen mangels Verfügungsbefugnis unwirksam und bedürften zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des berechtigten Eigentümers (§ 185 Abs. 2 BGB.). Dieses Erfordernis wird durch die Genehmigung nach § 37 RErbhofG. nicht ersetzt. Ob und inwieweit der Eigentümer an die vom Konkursverwalter eingegangenen Verpflichtungen gebunden ist und mithin die vom Konkursverwalter mit den Grundstückserwerbern geschlossenen Kaufverträge durch Zustimmung zur Auflassung oder, soweit diese noch nicht erfolgt ist, durch Erklärung der Auflassung zu erfüllen hat, ist hier nicht zu untersuchen. Auf jeden Fall stehen bei der bestehenden Sach- und Rechtslage Veräußerungsgeschäfte immerhin in Aussicht, die die Grundlage für das Genehmigungsverfahren und die Genehmigung bilden können.

In der Erteilung der Genehmigung tritt der Senat dem LErbhGer. bei. Es handelt sich hier nicht um einen Fall des § 15 Abs. 2 Satz 2 der 2. DurchfVO. zum RErbhofG., den Fall, in dem die Genehmigung in der Regel zu erteilen ist, wenn nicht besondere Gründe dagegen sprechen, sondern um die auf einen wichtigen Grund gestützte Genehmigung der Veräußerung nach § 37 RErbhofG. Der wichtige Grund, der die Erteilung der Veräußerungsgenehmigung notwendig macht, liegt hier, wie in Übereinstimmung mit dem LErbhGer. gegenüber den Ausführungen der Beschw. zusammenfassend festgestellt sei, in folgendem: Der Hof, den der Eigentümer wirtschaftlich aller Voraussicht nach nicht mehr halten kann, ist auf Grund von Veräußerungsverträgen, die der Konkursverwalter bereits im Februar 1933 abgeschlossen hat, aufgeteilt worden. Das Ergebnis der Teilung ist: ein bäuerlicher Resthof, die Festigung des Besitzes dreier Landarbeiter durch Landabgaben seitens des Erwerbers des Resthofes, drei neue Bauernsiedlungen und die Zuteilung von Land an weitere fünf Dorfbewohner. Diese vor Inkrafttreten des RErbhofG. eingeleitete Landaufteilung, auf die sich die Grundstückserwerber inzwischen eingerichtet haben, aufrechtzuerhalten, ist auch vom Standpunkt des RErbhofG. wichtiger und gerechter, als sie nur deshalb rückgängig zu machen, weil der aufgeteilte Besitz zu einem Erbhof gehört.

Aber auch die aus dem Gesichtspunkt des Verfahrensrechts erhobenen Einwendungen greifen nicht durch. Im ersten Rechtszug wurde die Erbhofeigenschaft verneint. Johann M. hat Beschw. dagegen eingelegt mit dem Ziel, daß die Erbhofeigenschaft bejaht werde. Das LErbhGer. hat eine Entsch. über diesen Punkt überhaupt nicht getroffen, das Erkenntnis also weder bestätigt noch beseitigt, sondern an seine Stelle eine Entscheidung über einen anderen Verfahrensstoff gesetzt, nämlich die hilfsweise beantragte Genehmigung erteilt. Ein Verfahrensrecht des BeschwF. wurde dadurch nicht beeinträchtigt. Er selbst hat den Antrag, über die Erbhofeigenschaft der Stelle zu entscheiden, nicht gestellt, sondern ist lediglich an dem Verfahren „beteiligt", das auf den von dritter Seite gestellten Antrag eingeleitet wurde. Der auf diese Art Beteiligte muß es hinnehmen, wenn durch Zurücknahme des Antrags während des Verfahrens dieses in der Hauptsache gegenstandslos wird. Das gleiche muß gelten, wenn das Gericht im Einverständnis mit dem Antragsteller von der Entsch. über den in erster Linie gestellten Antrag absieht und nur über den Hilfsantrag befindet. Dieses Einverständnis darf im vorl. Falle nach dem Akteninhalte und den vom Konkursverwalter und seinem Vertreter abgegebenen Erklärungen unbedenklich angenommen werden. Die Antragsbefugnis des Konkursverwalters ist anzuerkennen. Sein vorsorglicher Antrag auf Erteilung der Veräußerungsgenehmigung ist als für die Grundstückserwerber gestellt anzusehen.

Der Beschw. ist zuzugeben, daß dem BeschwF. im zweiten Rechtszuge das rechtliche Gehör, insbes. zu dem Hilfsantrage, mit dessen Behandlung er zunächst nicht zu rechnen hatte, nicht gewährt worden ist. Der Verstoß beeinträchtigt aber das Ergebnis nicht. Nach § 12 Abs. 2 Satz 1 der 1. DurchfVO. zum RErbhofG. i. d. Fass. des § 7 der 3. DurchfVO. soll eine Entsch. nur ergehen,

[1]) JW. 1934, 403.

nachdem den Beteiligten zuvor Gelegenheit zur Äußerung gegeben ist. Es entscheidet also das Ermessen des Gerichts. Die Aufhebung der Entsch., die auf das fehlerhafte Verfahren ergangen ist, kann hiernach nur in Frage kommen, wenn das Erkenntnis auf der Versagung des rechtlichen Gehörs beruht. Das ist der Fall, wenn die Nachprüfung an der Hand der BeschwBegr. ergibt, daß die Entsch. bei Würdigung des neuen, im vorausgegangenen Rechtszuge abgeschnittenen Vorbringens möglicherweise eine andere, dem BeschwF. günstigere, geworden wäre. So liegt die Sache hier aber nicht. Denn aus den Akten über das gegenwärtige Verfahren samt den vorl. Beiakten ergibt sich ein so anschauliches und eindeutiges Bild der Sach- und Rechtslage i. S. der angefochtenen Entsch., daß auch bei Unterstellung der tatsächlichen Richtigkeit der in der sehr eingehenden BeschwBegr. vorgebrachten Einwendungen das Ergebnis des zweiten Rechtszugs in sachlicher Hinsicht nicht erschüttert werden kann.

Die weitere Beschw. erweist sich hiernach als unbegründet. Damit ist auch der im zweiten Rechtszuge mitbehandelte Antrag auf Wiedereinsetzung endgültig erledigt.

(RErbhGer., Beschl. v. 23. Juli 1934, 2 RB 21/34.)

Freiwillige Gerichtsbarkeit

1. Preußen

1. §§ 172, 173 HGB.; § 142 RFGG. Die Einlage eines ausscheidenden Kommanditisten kann nicht in der Weise auf einen neu eintretenden Kommanditisten übertragen werden, daß beide für denselben Einlagebetrag nur einmal haften.

Die KommGes. Sch. & Co., als deren Kommanditist mit einer Einlage von 6000 *RM* der Kaufmann J. V. eingetragen war, meldete folgendes zur Eintragung in das Handelsregister an:

„Der Kaufmann J. V. ist aus der Gesellschaft ausgeschieden, indem er seine Kommanditbeteiligung dem Kaufmann O. L. überlassen hat. Der Kaufmann O. L. ist mit der auf ihn übergegangenen Kommanditeinlage des früheren Kommanditisten V. als Kommanditist in die Gesellschaft eingetreten und hat die auf ihn übergegangene Kommanditeinlage von 6000 *RM* um 3708,79 *RM* auf 9708,79 *RM* erhöht."

Die daraufhin vom Rechtspfleger verfügte Eintragung lautet:

„Der Kommanditist J. V. ist aus der Gesellschaft ausgeschieden. Der Kaufmann O. L. in B. ist in die Gesellschaft als Kommanditist mit einer Einlage von 9708,79 *RM* eingetreten."

Diese Eintragung wurde von O. L. aus folgendem Grunde beanstandet: Sie bringe nicht zum Ausdruck, daß er die Kommanditeinlage des ausgeschiedenen Kommanditisten V. im Betrage von 6000 *RM* übernommen habe und daß seine, des O. L., Kommanditisteneinlage nur infolge der Übernahme der Einlage des V. und Zuzahlung des Barbetrages von 3708,79 *RM* 9708,79 *RM* betrage. Er bat um Berichtigung der Eintragung und schlug seinerseits folgende Fassung vor:

„Der Kaufmann O. L. ist in die Gesellschaft als Kommanditist eingetreten, und zwar unter Übernahme der 6000 *RM* Kommanditeinlage des V. mit einer Gesamteinlage von 9708,79 *RM*."

Es bestehen keine Bedenken, den „Antrag" des BeschwF. auf „Berichtigung" der Eintragung in eine Anregung zur Einleitung des Löschungsverfahrens gem. § 142 FGG., verbunden mit einem Antrage auf Eintragung in der gewünschten Fassung, umzudeuten und die Ablehnung des Antrages durch das Registergericht als Ablehnung dieser Anregung aufzufassen (vgl. KGJ. 41, 102; RJA. 17, 110; JFG. 1, 254; 5, 233; Schlegelberger, 4. Aufl. 1934, § 19 FGG. Anm. 4). Gegen die Ablehnung einer Anregung durch das Registergericht steht gem. § 20 FGG. jedem, dessen Recht dadurch beeinträchtigt wird, die Beschw. zu. Danach unterliegt das Beschwerderecht des Kommanditisten, auf den sich die hier in Rede stehende Eintragung bezieht, keinen Bedenken. Dies ergibt sich ohne weiteres daraus, daß gemäß § 172 Abs. 1 HGB. im Verhältnisse zu den Gläubigern der Gesellschaft die Einlage eines Kommanditisten durch den in der Eintragung angegebenen Betrag bestimmt wird; ist also der Betrag der Vermögenseinlage des Kommanditisten bei der Eintragung zu hoch angegeben, dann ist dieser dadurch einer erhöhten Haftung ausgesetzt (vgl. auch §§ 174, 176 Abs. 2 HGB.).

Gem. § 142 FGG. kann das Registergericht eine Eintragung in das Handelsregister von Amts wegen löschen, wenn die Eintragung wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war. Die sich hieraus ergebende Möglichkeit der Amtslöschung ist im vorl. Falle deswegen gegeben, weil eine der Anmeldung nicht entsprechende Eintragung erfolgt ist, die, wie schon hieraus zu entnehmen ist, dem Gesellschaftsvertrage nicht entspricht und demgemäß der materiellen Voraussetzung entbehrt (vgl. RJA. 12, 60; KGJ. 48, 115; OLG. 43, 202). Zur Eintragung angemeldet ist, abgesehen von dem Ausscheiden des bisherigen Kommanditisten V. und dem Eintritt des neuen Kommanditisten L., daß letzterer „die auf ihn übergegangene Kommanditisteneinlage von 6000 *RM* um 3708,79 *RM* auf 9708,79 *RM* erhöht" hat. Es handelt sich danach um eine besondere Art der Übertragung der Mitgliedschaft von einem ausscheidenden auf einen neueintretenden Kommanditisten. Es bedarf zunächst der Klarstellung, was mit dieser Anmeldung gemeint war, insbes. ob es sich dabei nur um ein „internes Abrechnungsverhältnis" handelt, wie das Registergericht und auch das LG. annehmen, oder ob der neu einzutragende Kommanditist, wie der BeschwF. meint, nicht unbedingt eine Haftung für eine eigene Einlage von 9708,79 *RM* übernehmen sollte, also seine Einlage, damit die Eintragung der Anmeldung entspricht, in anderer Weise gekennzeichnet werden müßte, sowie ob eine solche dem Sinne der Eintragung entsprechende Eintragung überhaupt möglich ist. Hierzu ist einleitend auf das Wesen der Einlage, auf die Best. über die Haftung des Kommanditisten sowie auf die Voraussetzungen, unter denen die Mitgliedschaft eines Kommanditisten auf einen anderen übertragen werden kann, einzugehen.

Die KommGes. ist eine Abart der OHG. (vgl. § 161 Abs. 2 HGB.). Daher ist die Haftung des Kommanditisten derjenigen des persönlich haftenden Gesellschafters wesensgleich und nur der Höhe nach begrenzt auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage (§ 161 Abs. 1 HGB.). Der Kommanditist haftet den Gläubigern bis zur Höhe seiner Einlage unmittelbar; die Haftung ist jedoch ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist (§ 171 Abs. 1 HGB.). Wird ihm die Einlage zurückgezahlt oder wird ihm ein Gewinn ausgezahlt, obwohl sein Kapitalanteil durch früheren Verlust unter den auf die bedungene Einlage geleisteten Betrag herabgemindert ist oder durch die Auszahlung unter diesen Betrag herabgemindert wird, so lebt insoweit die Haftung wieder auf (§ 172 Abs. 4 HGB.). Bei seinem Ausscheiden hat er nicht etwa einen Anspruch auf Rückzahlung der von ihm gemachten Einlage, sondern nur einen Anspruch auf Auszahlung seines Geschäftsguthabens (Auseinandersetzungsguthabens), das infolge der möglicherweise eingetretenen Verluste wesentlich geringer sein kann, als die gemachte Einlage. Die Haftung in Höhe der Einlage wird für jeden Kommanditisten völlig selbständig begründet; die doppelte Haftung von zwei Kommanditisten, von denen der eine im Zusammenhange mit dem Ausscheiden des anderen in die Gesellschaft eintritt, kann also nicht durch eine einmalige Einlage gedeckt werden. Nun ist zwar auch bei KommGes. die „Übertragung der Mitgliedschaft" des Kommanditisten möglich, jedoch nur in der Weise, daß auf den neu eintretenden Kommanditisten die Rechte des ausscheidenden übertragen werden, und daß er der Gesellschaft gegenüber dessen Pflichten übernimmt; der Ausscheidende kann also seinen Kapitalanteil und sein Geschäftsguthaben, das ihm im Zeitpunkte seines Ausscheidens zusteht, auf den Neueintretenden übertragen, nicht aber seine Einlage, durch die seine Haftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft bestimmt wird. Soweit der ausscheidende Kommanditist seinen Kapitalanteil an den neuen Kommanditisten abtritt und dieser auf Grund Vereinbarung mit der Gesellschaft das Guthaben seines Vorgängers als seine Einlage stehen läßt, wird der neueintretende Kommanditist von seiner persönlichen Haftung befreit; zugleich lebt dadurch aber die persönliche Haftung des ausscheidenden Kommanditisten für die bisherigen Geschäftsschulden bis zur Höhe der von dem Ausscheidenden gemachten Einlage wieder auf. Denn die Wirkung dieser nur im Einvernehmen mit der Gesellschaft möglichen Übertragung der Mitgliedschaft ist ebenso zu beurteilen, wie wenn die Gesellschaft dem ausscheidenden Kommanditisten sein Kapitalguthaben auszahlt und der neueintretende Kommanditist den gleichen Betrag auf seine Einlage einzahlt (vgl. Schwalb: RhR. 34, 402, 409; Düringer-Hachenburg, § 173 HGB. Anm. 7; Ritter, § 173 HGB. Anm. 2; vgl. auch RG. 128, 175 [1]). Diese Vorgänge bei der in zulässiger Weise erfolgenden Abtretung der Mitgliedschaft berühren nur das innere Gesellschaftsverhältnis und kommen daher für die Eintragung in das Handelsregister nicht in Betracht.

Im vorl. Falle war jedoch, wie die Anmeldung deutlich ergibt und der BeschwF. in seinen späteren Eingaben noch wiederholt besonders hervorgehoben hat, gewollt, daß die von dem ausscheidenden Kommanditisten gemachte Einlage zugleich als Einlage des neueintretenden gelten solle. Es war also beabsichtigt, daß der BeschwF. L. eine Einlage nur in Höhe von 3708,79 *RM* zu machen brauchte und sich im übrigen auf die von V. gemachte Einlage von 6000 *RM* sollte berufen dürfen, ohne Rücksicht darauf, ob diese Einlage zur Zeit des Ausscheidens des V. noch durch ein entsprechendes Geschäftsguthaben gedeckt oder durch Verluste ganz oder teilweise aufgezehrt war. Daß dies der Sinn der Anmeldung ist, kommt in ihr dadurch zum Ausdruck, daß hierbei nicht von

[1]) JW. 1930, 2659.

einem bloßen Übergange des Kapitalanteils oder des Geschäftsguthabens des B., sondern von einem Übergange der „Kommanditeinlage" die Rede ist. Wenn eine Übertragung der Einlage eines ausscheidenden Kommanditisten auf einen neuen Kommanditisten in der Weise, daß beide für denselben Einlagebetrag nur einmal haften, rechtlich möglich wäre, so würde dies allerdings nicht nur für die Abrechnung der Gesellschafter untereinander erheblich sein, sondern es würde darin eine Beschränkung der Einlagepflicht und damit der Haftung des neueintretenden Kommanditisten liegen, die gem. § 171 HGB. die Gläubiger unmittelbar angeht und deshalb der Eintragung bedürfte.

Jedoch ist eine derartige Übertragung der Einlage rechtlich überhaupt nicht möglich, da, wie die einleitenden Ausführungen ergeben, die Haftung in Höhe der Einlage für jeden Kommanditisten völlig selbständig begründet wird. Daraus ergibt sich aber nur, daß das Registergericht die Anmeldung, so wie sie erfolgt war, hätte zurückweisen und statt dessen eine andere, eine Eintragung ermöglichende Anmeldung hätte verlangen müssen. Die Eintragung, die tatsächlich erfolgt ist, wich von der Anmeldung wesentlich ab. Denn nach ihr haftet der neue Kommanditist, der BeschwF., unbedingt für eine Einlage von 9708,79 *RM* und nicht, wie das LG. meint, nur dann in dieser Höhe, wenn er nicht nachweisen kann, daß sein Vorgänger B. die Einlage von 6000 *RM* geleistet oder anläßlich seines Ausscheidens nicht zurückerhalten habe. Nach der Anmeldung hat er jedoch in Höhe der 6000 *RM* nur unter dieser Bedingung und lediglich in Höhe der restlichen 3708,79 *RM* unbedingt die Haftung mit einer eigenen Einlage übernehmen wollen. Zuzugeben ist dem LG., daß auch die Eintragung einer Einlage von nur 3708,79 *RM* der Anmeldung nicht entsprochen haben würde; sie entspricht auch nicht dem, was der BeschwF. mit seiner Beschw. erreichen will, wie das LG. anzunehmen scheint. Die Eintragung entspricht nur insoweit der Anmeldung, als sich aus ihr ergibt, daß die Einlage des BeschwF. und der Betrag seiner Haftung keinesfalls höher sein sollen, als 9708,79 *RM*, aber auch nicht niedriger als 3708,79 *RM*. Die Differenz dreht sich also nur um den Zwischenbetrag, bzgl. dessen der BeschwF. auf eine von seinem „Rechtsvorgänger" gemachte Einlage wollte verweisen dürfen, nach dem Inhalt der Eintragung aber nicht verweisen kann. Wie hoch die Haftung nun festgesetzt werden soll, nachdem erkannt ist, daß eine derartige Übertragung einer Einlage rechtlich überhaupt nicht möglich ist, bedarf erst der Klarstellung durch eine neue Anmeldung.

Hiernach liegen zwar die Voraussetzungen vor, die die Einleitung des Löschungsverfahrens gem. § 142 FGG. ermöglichen würden, jedoch hat dies nur zur Folge, daß das Registergericht die Löschung herbeiführen *kann*. Ob es von dieser Befugnis Gebrauch machen soll, hängt von seinem pflichtgemäßen Ermessen ab (vgl. RG. 122, 314 [2]); 132, 314 [3])). Da das LG. infolge der rechtsirrtümlichen Beurteilung der Anmeldung ebenso wie der Eintragung hierzu nicht Stellung genommen hat, ist nunmehr der Senat selbständig in der Lage, dies zu prüfen. Von der Befugnis wäre nur dann Gebrauch zu machen, wenn die Amtslöschung entweder im öffentlichen Interesse oder im Interesse der Beteiligten läge (vgl. RJA. 12, 61). Keines von beiden ist hier jedoch der Fall. Denn die Eintragung bringt immerhin zum Ausdruck, daß der BeschwF. nur die Stellung eines Kommanditisten einnimmt und daß seine Haftung nicht über den Betrag von 9708,79 *RM* hinausgeht. Würde sie aber gelöscht, dann würde dies gemäß § 176 Abs. 2 HGB. lediglich seine *unbeschränkte* Haftung herbeiführen (vgl. RG. 128, 172). Damit wäre am wenigsten dem BeschwF. selbst gedient; ebensowenig hat die Allgemeinheit daran ein Interesse. Dem BeschwF. kann, falls er nicht mit einer eigenen Einlage von 9708,79 *RM* haften will, nur dadurch geholfen werden, daß die Gesellschafter gem. § 174 HGB. eine Herabsetzung seiner Einlage zum Handelsregister anmelden. Auf Grund der bisher vorl. Anmeldung ist eine andere Eintragung, wie die vorstehenden Ausführungen ergeben, nicht möglich.

(KG., ZivSen. 1b, Beschl. v. 23. Aug. 1934, 1b X 322/34.)

Ber. von LGR. Dr. *Henke*, Berlin.

*

2. § 332 HGB.; § 8 Ges. *über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften* v. 5. Juli 1934 (RGBl. 569). *Eine Aktiengesellschaft kann in der Regel nicht in eine Kommanditgesellschaft auf Aktien umgewandelt werden.*

Das LG. schließt sich mit Recht der Entsch. des RG. v. 27. Juni 1930 (RG. 129, 260 [1])) an. Nach dieser Entsch. kann eine AktG. nicht in eine KommGes. a. A. „umgewandelt" werden. Das RG. legt die tiefgreifenden „Wesensverschiedenheiten im rechtlichen Aufbau der beiden Gesellschaftsformen" dar und erklärt (S. 269), daß diese Verschiedenheiten an und für sich schon allein die Möglichkeit der Umwandlung einer AktG. in eine KommGes. a. A. durch satzungsändernden Beschluß ausschlössen. Im § 332 HGB. erblickt das RG. eine positivrechtliche Sondervorschrift, deren Ausdehnung auf den umgekehrten Fall der Umwandlung einer AktG. in eine KommGes. a. A. dem RG. „von vornherein bedenklich" sei. Das RG. meint, diese Ausdehnung wäre „allenfalls" dann möglich, wenn die zu berücksichtigenden Interessen im wesentlichen in beiden Fällen gleich lägen. Das RG. weist darauf hin, daß durch die Umwandlung der AktG. in eine KommGes. a. A. zwar nicht die Interessen von Gläubigern, sondern nur die Interessen von Aktionären beeinträchtigt würden, diese aber viel mehr als „im umgekehrten Fall". Hieraus folgert das RG. (S. 271), daß nach geltendem Recht die Umwandlung einer AktG. in eine KommGes. a. A. auf dem Wege des satzungsändernden Mehrheitsbeschlusses rechtlich nicht möglich sei. Es läßt die Frage offen, ob sie mit Zustimmung aller Aktionäre erfolgen kann, betont aber ausdrücklich, daß auch insoweit „grundsätzliche Bedenken zu erheben" wären, und erklärt schließlich (S. 272), es möge sein, daß sich im Lauf der wirtschaftlichen Entwicklung das Bedürfnis nach einer erleichterten Form der Umwandlung der AktG. in die KommGes. a. A. in größerem Umfang herausgestellt habe; die insoweit im Gesetz vorhandene Lücke könne aber nach dem jetzigen Rechtszustand nicht von der Rspr. ausgefüllt werden. Hier Abhilfe zu schaffen, sei Aufgabe der Gesetzgebung. Das RG. weist noch darauf hin, daß in den Fragebogen des RJM. zur Reform des Aktienrechts gerade auch diese Frage gestellt worden sei.

Im Hinblick auf diese Ausführungen des RG. darf als sicher angesehen werden, daß der Gesetzgeber dann, wenn er in übereinstimmung mit dem RG. das Vorhandensein einer Lücke angenommen hätte, *bei der nächsten sich bietenden Gelegenheit* die vom RG. erwartete Abhilfe geschaffen hätte. Diese Gelegenheit war in besonders hohem Grade vorhanden, als das UmwandlG. v. 5. Juli 1934 (RGBl. I, 569) erlassen wurde. Es ist von ausschlaggebender Bedeutung, daß durch dieses Gesetz für eine Reihe von scharf umrissenen Fällen eine erleichterte Form der „Umwandlung" geschaffen worden ist, nicht aber, jedenfalls grundsätzlich nicht, für den Übergang einer AktG. in eine KommGes. a. A. (über § 8 des Ges. siehe unten). Hieraus erhellt, daß es der Tendenz der gegenwärtigen Gesetzgebung entspricht, es bei der vom RG. gekennzeichneten Rechtslage zu belassen, solange nicht der RJM. von der ihm im § 16 Satz 2 des Gesetzes gegebenen Möglichkeit Gebrauch macht, für den hier erörterten Fall eine ergänzende Vorschrift zu treffen. Denn es muß als ausgeschlossen gelten, daß der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, die Gerichte würden trotz der Entsch. RG. 129, 260 [1]) die „Umwandlung" einer AktG. in eine KommGes. a. A. zulassen. Das Schweigen des Ges. v. 5. Juli 1934 wiegt um so schwerer, als bereits in dem 1931 veröffentlichten amtl. Entw. eines Gesetzes über AktG. und KommGes. a. A. (abgedr. bei *Schlegelberger-Quassowski-Schmölder*, VO. über Aktienrecht S. 437 ff.) die Umwandlung einer AktG. in eine KommGes. a. A. geregelt war (§§ 225—227); gesetzliche Vorarbeiten lagen somit vor. Es ist ferner zu beachten, daß das Ges. v. 5. Juli 1934 (§ 8) in einem besonderen Falle auch die Umwandlung einer AktG. in eine KommGes. a. A. ermöglicht, nämlich dann, wenn der einzige Aktionär einer AktG. eine KommGes. a. A. ist (vgl. *Quassowski*: DNotZ. 1934, 559). Es ist gewiß richtig, daß der aus den Eingangsworten des Gesetzes ersichtliche Gesetzeszweck — „in geeigneten Fällen die Abkehr von anonymen Kapitalformen zur Eigenverantwortung des Unternehmers zu erleichtern" — von entscheidender Bedeutung für die Auslegung des Gesetzes ist (vgl. *Groschuff*: JW. 1934, 1823). Da das Gesetz selbst jedoch klar ergibt, daß es *grundsätzlich* die Umwandlung einer AktG. in eine KommGes. a. A. nicht regeln will, sondern die etwaige Regelung dieser Frage dem RJM. überläßt (vgl. §§ 1, 16 Satz 2), so kann auch der Zweckgesichtspunkt nicht zu einer abweichenden Auffassung führen. Hierbei ist insbes. noch zu beachten, daß in der amtlichen Erläuterung des Gesetzes (Deutsche Justiz 1934, 883) die KommGes. a. A. einerseits der AktG. als *anonyme* Gesellschaft durchaus gleichgestellt und anderseits die Rechtsform der AktG. für das Gebiet der anonymen Gesellschaften als die zweckmäßigste erklärt worden ist; eine *Begünstigung* der Rechtsform der KommGes. a. A. — im Hinblick auf das Vorhandensein der persönlich haftenden Gesellschafter und die so in gewissem Umfang gegebene Eigenverantwortung des Unternehmers — ist jedenfalls aus der amtlichen Erläuterung nicht zu ersehen.

Hiernach muß die in der Entsch. RG. 129, 260 vertretene Auffassung auch als dem Geiste des gegenwärtigen Rechts entsprechend angesehen und daher angenommen werden, daß die in Rede stehende „Umwandlung" wegen der vom RG. hervorgehobenen „Wesensverschiedenheiten im rechtlichen Aufbau der beiden Gesellschaftsformen" auch dann unzulässig ist, wenn sämtliche Aktionäre zustimmen. Dem entgegengesetzten Standpunkt (vgl. z. B. *Lehmann*: JW. 1934, 2020; anscheinend auch *Bergmann*: DJZ. 1934, 1134) vermag der Senat nicht zu folgen.

(KG., ZivSen. 1b, Beschl. v. 20. Sept. 1934, 1b X 378/34.)

Ber. von LGR. Dr. *Henke*, Berlin.

*

[2]) JW. 1929, 629.
[3]) JW. 1931, 3077.
[1]) JW. 1930, 2938.

3. §§ 19, 38, 59 RErbhofG.; §§ 1967, 1975 ff., 1990 BGB. Der Anerbe eines Erbhofs kann eine Beschränkung seiner persönlichen Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten sowohl durch Erwirkung der Anordnung des Nachlaßkonkurses oder der Nachlaßverwaltung als auch auf Grund der Erschöpfungseinrede herbeiführen; allerdings können der Nachlaßkonkurs und die Nachlaßverwaltung sowie die Zurverfügungstellung des Nachlasses auf Grund der Erschöpfungseinrede sich nur auf die der Vollstreckung unterliegenden Nachlaßgegenstände beziehen. †)

Der Bauer O. ist am 30. März 1934 verstorben. Eheliche Abkömmlinge hat er nicht hinterlassen. Sein Vater ist schon vor ihm verstorben. In einem öffentlichen Testament hat er seinen Bruder, den BeschwF., als alleinigen Erben eingesetzt. Letzterer hat die Anordnung einer Nachlaßverwaltung beantragt und zur Begr. ausgeführt: Der zum Nachlaß gehörige Erbhof, der ihm auch als Anerben zugefallen sei, sei stark verschuldet; außer dem Erbhof habe der Erblasser Vermögen nicht hinterlassen. Die Anordnung der Nachlaßverwaltung sei notwendig, um zu verhüten, daß die Nachlaßgläubiger sich an sein, des Antragstellers, persönliches Vermögen, insbes. an sein Geschäft hielten. AG. und LG. haben den Antrag zurückgewiesen; die weitere Beschw. hatte Erfolg.

Da das LG. die Tatfrage, ob der Antragsteller überhaupt Anerbe geworden ist, dahingestellt läßt, ist zunächst zu unterstellen, daß er es geworden sei. In diesem Falle kommt eine Scheidung des Nachlasses in erbhoffreies Vermögen und zum Erbhof gehöriges Vermögen überhaupt nicht in Betracht, da beide Teile in einer Hand geblieben sind und daher eine Einheit bilden. In seiner Eigenschaft als Erbe und zugleich als Anerbe haftet der Antragsteller für die Nachlaßverbindlichkeiten, gleichviel ob diese den Erbhof betreffen oder den erbhoffreien Nachlaß, sowohl mit dem Nachlaß als solchen als auch mit seinem persönlichen Vermögen (§ 1967 Abs. 1 BGB.). Nach dem Rechte des BGB. hat er jedoch die Möglichkeit, seine persönliche Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten zu beschränken, indem er die Anordnung des Nachlaßkonkurses oder der Nachlaßverwaltung herbeiführt (§ 1975), oder, falls dergleichen mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich ist, den Nachlaß zur Verfügung der Nachlaßgläubiger hält (§ 1990 Abs. 1 BGB.); im letzteren Falle kann er gegenüber einer persönlichen Inanspruchnahme die sog. Erschöpfungseinrede erheben, d. h. die Befriedigung der Nachlaßgläubiger insoweit verweigern, als der Nachlaß nicht ausreicht. Soweit zum Nachlaß nun ein Erbhof gehört, sind diese Vorschr. nicht etwa ohne weiteres außer Kraft gesetzt, sondern kann eine Einschränkung ihrer Anwendbarkeit nur aus dem besonderen Vollstreckungsschutz, der dem Bauern gewährt ist, hergeleitet werden. Gem. den §§ 38, 39 und 59 RErbhofG. ist die Vollstreckung wegen einer Geldforderung unzulässig in den Erbhof als solchen nebst dem Hofzubehör (§§ 7—9 RErbhofG.), sowie in die auf dem Erbhof gewonnenen Erzeugnisse, auch wenn sie nicht zum Zubehör gehören, insoweit als sie zum Unterhalt des Bauern oder seiner Familie bis zur nächsten Ernte erforderlich sind. Im übrigen ist die Vollstreckung in die dem Zugriff unterliegenden Erzeugnisse des Erbhofs an bestimmte Voraussetzungen geknüpft (§§ 39 Abs. 2—5 und 59). Bzgl. privatrechtlicher Forderungen sind diese Grundsätze zwar nur bis zu einer anderen, im Wege der DurchfVO. zu treffenden besonderen Regelung für anwendbar erklärt (§ 59); eine solche Regelung ist jedoch bisher noch nicht erfolgt. Die Vermögensgegenstände, in die hiernach eine Vollstreckung unzulässig ist, können somit auch weder von einem Nachlaßkonkurs noch von einer Nachlaßverwaltung ergriffen werden. Dies ergibt sich bzgl. des Nachlaßkonkurses ohne weiteres aus § 1 Abs. 1 KO. Bzgl. der Nachlaßverwaltung muß aber das gleiche gelten. Denn auch sie stellt, wenn sie erst einmal angeordnet ist, eine zwangsweise Befriedigung der Nachlaßgläubiger dar. Der Nachlaßverwalter hat den Nachlaß im ganzen in Besitz zu nehmen und zu verwalten, sowie die Nachlaßverbindlichkeiten aus ihm zu berichtigen (§ 1985 Abs. 1 BGB.). Der Erbe dagegen verliert mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung — in gleicher Weise wie ein Gemeinschuldner mit der Anordnung des Konkurses — die Befugnis nicht nur zur Verwaltung des Nachlasses, sondern auch zu jeglicher Verfügung über ihn (§ 1984 BGB.). In Ansehung der Wirkungen kommt die Nachlaßverwaltung daher einer Zwangsvollstreckung in den Gesamtnachlaß gleich. Hieraus folgt, daß, soweit der Vollstreckungsschutz reicht, auch eine Nachlaßverwaltung unzulässig ist; darüber hinaus ist jedoch weder der Nachlaßkonkurs noch die Nachlaßverwaltung ausgeschlossen. Gem. den §§ 1981 Abs. 1 und 1982 BGB. kann die von dem Erben selbst beantragte Anordnung der Nachlaßverwaltung nur abgelehnt werden, wenn eine den Kosten entsprechende Masse nicht vorhanden ist. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine den Kosten entsprechende Masse vorhanden ist, hat der der Vollstreckung nicht unterliegende Teil des Nachlasses außer Betracht zu bleiben, weil sich hieraus weder der Nachlaßkonkurs noch die Nachlaßverwaltung erstreckt. Es kommt also nicht nur darauf an, inwieweit der Nachlaß erbhoffreies Vermögen enthält, sondern darauf, inwieweit er der Vollstreckung unterliegendes Vermögen enthält; denn der Vollstreckungsschutz greift in gewissem Umfange auf das erbhoffreie Vermögen über (vgl. §§ 38 Abs. 2, 39 Abs. 1 RErbhofG.).

Das LG. lehnt die Anordnung der Nachlaßverwaltung für den Fall, daß der Antragsteller Anerbe ist, mit der Begr. ab, daß ein Erbhof nicht Gegenstand einer Nachlaßverwaltung sein könne. Diese Begr. trifft in Ansehung des Erbhofs als solchen unbedingt zu. Das LG. prüft jedoch — wenigstens in diesem Zusammenhange — überhaupt nicht, ob nicht ein Nachlaß, zu dem ein Erbhof gehört, auch der Vollstreckung und damit auch der Nachlaßverwaltung zugängliche Vermögensgegenstände enthalten kann. Diese Frage zieht es vielmehr nur für den Fall in Erwägung, daß der Antragsteller zwar Erbe des erbhoffreien Teiles des Nachlasses, nicht aber zugleich auch Anerbe ist; und insoweit gelangt es zur Ablehnung des Antrages, weil erbhoffreies Vermögen nicht hinterlassen ist, auch später geerntete landwirtschaftliche Erzeugnisse, soweit sie nach § 8 Abs. 1 RErbhofG. erbhoffrei waren, nicht etwa

---

Zu 3. Wie auf den meisten anderen Gebieten, so leben wir auch auf dem Gebiete des Rechts in einer Zeit grundlegender Umwälzungen und eines machtvollen Überganges, die geraume Zeit erfordern bis zur endgültigen Klärung. Manche Gesetze wurden neu geschaffen, andere notwendigerweise aufrechterhalten, bis auch sie zur Umformung reif sind. So ist es kein Wunder, daß sich manche Neuschöpfung hart an Übernommenem stößt, mit dessen überlebter Grundeinstellung es nicht im Einklang stehen kann. Dies ist insbes. der Fall im Verhältnis des ganz neue Wege gehenden RErbhofG. zum BGB. Es war zu erwarten, daß die vorstehend vom KG. behandelte Frage ziemlich bald nach Inkrafttreten des RErbhofG. die Gerichte beschäftigen würde, da sie einen Fall betrifft, bei dem RErbhofG. und BGB. nicht zusammenpassen wollen, und der häufig genug vorkommen dürfte. Gerade aus diesem Grunde verdient die Entsch. die allergrößte Aufmerksamkeit. — Das KG. geht bei seiner Entsch. unausgesprochen, aber wohl nicht unbewußt, von der zweifelsfreien Erkenntnis aus, daß es unmöglich richtiges Recht sein kann, wenn ein Anerbe eines Erbhofes, sei er es kraft Gesetzes oder gewillkürt, für die Schulden des Erblassers außer mit der Erbmasse auch mit seinem sonstigen Vermögen haften muß, d. h., daß er nicht schlechter gestellt sein kann als ein anderer Erbe, zumal man dem Anerben weniger als einem anderen Erben die Ausschlagung der Erbschaft zumuten kann; dies würde ja auch dem Zweck des RErbhofG., die Verbundenheit von Blut und Boden zu wahren, zuwiderlaufen. Dementsprechend untersucht das KG. die Anwendbarkeit der nach BGB. dem Erben zum Zwecke der Beschränkung seiner Schuldenhaftung auf den Nachlaß gegebenen Rechtsbehelfe auf solche Erbschaften, zu denen ein Erbhof gehört. Diese Rechtsbehelfe sind: Nachlaßpflegschaft (Nachlaßverwaltung), Nachlaßkonkurs (§ 1975 BGB.) und Erschöpfungseinrede (§ 1990 BGB.). Die Anwendbarkeit dieser Rechtsbehelfe für die etwaigen Miterben eines Anerben und auf im Zeitpunkt der Antragstellung vorhandenes erbhoffreies Nachlaßvermögen eines Anerben, der Alleinerbe ist, steht außer Zweifel. Schwierig wird die Sache erst dann, wenn neben dem Anerben weitere Erben und neben dem Erbhof weiteres Vermögen nicht vorhanden sind, wie im vorl. Falle. Das KG. kommt nach eingehender Prüfung dazu, die Zulässigkeit aller drei Rechtsbehelfe auch in diesem Falle grundsätzlich zu bejahen, und zwar unter Beschränkung ihrer Auswirkungen auf diejenigen — jetzt oder in Zukunft vorhandenen — aus dem Nachlaß stammenden Vermögensgegenstände (also meist Früchte), die dem Vollstreckungsschutz nicht unterliegen. Für die Anordnung von Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs setzt es dabei voraus, daß der Anerbe bereit und in der Lage ist, einen die Kosten des Verfahrens deckenden Geldbetrag vorzuschießen. Diese Entsch. erscheint nicht unbedenklich, und zwar in zweierlei Hinsicht.

1. Begrifflich ist ohne weiteres Voraussetzung aller drei Arten von Haftungsbeschränkung das Vorhandensein einer entsprechenden Masse, die bei der Nachlaßverwaltung verwaltet, beim Nachlaßkonkurs liquidiert und bei der Erschöpfungseinrede den Gläubigern zum Zwecke der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung hinausgegeben werden kann. Folgt man der Rechtsauffassung des Gerichts und derjenigen von Vogels (RErbhofG., 3. Aufl. zu § 34 Anm. II 3 b), wonach die Nachlaßverwaltung der Zwangsverwaltung und damit der Zwangsvollstreckung wesensgleich ist, so gehört in allen drei Fällen der Erbhof selbst nicht zu der verwertbaren Masse, so daß diese nur aus den vielleicht vorhandenen und vielleicht später noch anfallenden Früchten, soweit diese zum Unterhalt des Bauern und seiner Familie bis zur nächsten Ernte nicht erforderlich sind, besteht. Da der Begriff des Unterhalts i. S. des RErbhofG. hier

dem „erbhoffreien Nachlaß" und damit dem vom Anerben verschiedenen gewöhnlichen Erben zufließen. Diese Annahme ist unzweifelhaft richtig. Hierbei bleibt aber immer noch die Frage offen, inwieweit der dem Anerben als solchem zugefallene Teil des Nachlasses der Vollstreckung und demgemäß auch der Nachlaßverwaltung unterliegt. Nur für den Fall, daß spätere, für die Bewirtschaftung nicht erforderliche und daher gem. § 8 Abs. 1 RErbhofG. „erbhoffreie" landwirtschaftliche Erzeugnisse des Erbhofs — entgegen der durchaus zu billigenden Meinung des LG. — dem von dem Anerben verschiedenen Erben als zum „erbhoffreien Nachlaß" gehörig zufallen, prüft das Nachlaßgericht weiterhin noch, ob hierzu eine Nachlaßverwaltung zulässig ist. Dies verneint es mit der Begr., daß nach § 10 RErbhofG. darüber, was zur Erbhofmasse gehört, das AnerbG. zu entscheiden habe, daß die Unterwerfung unter dessen Entsch. aber mit der Stellung sowie den Befugnissen und Pflichten von Nachlaßverwalter und Nachlaßgericht so, wie sie sich nach allgemeinem Recht darstellten (§§ 1975 ff. BGB.), nicht vereinbar sei. Diese Begr. ist nicht zutreffend. Es mag hier dahingestellt bleiben, ob das AnerbG. auf Grund des § 10 RErbhofG. nur darüber zu befinden hat, ob ein Hof als Erbhof anzusehen ist, und welche Grundstücke dazu gehören, oder auch darüber, welche Gegenstände im einzelnen gem. den §§ 7—9 RErbhofG. dem Hofzubehör zuzurechnen sind (vgl. hierzu Vogels, RErbhofG., 3. Aufl. 1934, § 10 Erl. 1 S. 81; Wöhrmann, Reichserbhofrecht, 2. Aufl. 1934, § 10 Anm. 2 S. 43 f.; Meyer: JurRdsch. 1934, 9). Es mag ferner auch dahingestellt bleiben, ob die Zuständigkeit des AnerbG. sich etwa auch noch auf die Entsch. darüber erstreckt, welche nach § 8 Abs. 1 erbhoffreien Erzeugnisse dem Zugriff der Gläubiger deshalb nicht unterliegen, weil sie zum Unterhalt des Bauern oder seiner Familie bis zur nächsten Ernte erforderlich sind (§ 39 Abs. 1 i. Verb. m. § 59 RErbhofG.). Keinesfalls kann es etwas ausmachen, welche Behörde zur Entsch. über diese Frage berufen ist, denn es ist nicht ersichtlich, inwiefern davon die Zulässigkeit der Nachlaßverwaltung bzgl. der erbhoffreien und zugleich der Vollstreckung unterliegenden Nachlaßgegenstände abhängig sein sollte.

Vogels (a. a. O. zu § 34 S. 197) nimmt an, daß die Nachlaßverwaltung sich nicht auf den Erbhof erstrecken könne, und daß sie daher abzulehnen sei, wenn das außer dem Erbhof im Nachlaß vorhandene Vermögen, also der erbhoffreie Teil des Nachlasses, der nach den Grundsätzen des BGB. vererbt wird, zur Deckung der Kosten nicht ausreicht. Hierbei unterscheidet er jedoch nicht zwischen dem, was z. Z. des Erbfalls erbhoffrei ist und daher nicht dem Anerben als solchem zufällt einerseits, und dem, was dem Anerben zwar in dieser seiner Eigenschaft zufällt, aber nachträglich erbhoffrei wird, sei es, weil es aufhört, Hofzubehör zu sein, sei es, weil es mit Mitteln von Gegenständen, die zum Erbhof gehören, erworben ist, anderseits. Auch das letztere unterliegt, sofern es sich nicht etwa um landwirtschaftliche Erzeugnisse des Erbhofs handelt, die zum Unterhalt des Bauern oder seiner Familie bis zur nächsten Ernte erforderlich sind, der Vollstreckung der Nachlaßgläubiger und daher auch der Nachlaßverwaltung. Deren Zulässigkeit hängt daher nicht davon ab, ob der erbhoffreie Teil des Nachlasses zur Deckung der Kosten ausreicht, sondern davon, ob die der Vollstreckung unterliegenden Nachlaßgegenstände, mögen diese nun von vornherein zum Nachlaß gehört haben, oder nachträglich, sei es auch nur an Stelle von anderen Nachlaßgegenständen in diesen gelangt sein, hierfür ausreichen. Von diesem Standpunkte aus ist es auch nicht zu billigen, wenn Vogels für den Fall, daß die Anordnung der Nachlaßverwaltung mangels einer die Kosten deckenden Masse nicht tunlich ist, dem Anerben hinsichtlich seines eigenen Vermögens die Erschöpfungseinrede des § 1990 BGB. mindestens insoweit versagt, als der Anerbe um den Wert des Erbhofs bereichert ist. Schapp (Reichserbhofrecht 1934 S. 48) hebt demgegenüber zutreffend hervor, daß die Rechtsstellung des Nachlaßgläubigers sich in bezug auf das Vermögen des Erblassers durch den Erbfall weder verbessern noch verschlechtern dürfe. Wenn auch die Zugriffsmöglichkeiten auf den Erbhof durch den gesetzlichen Vollstreckungsschutz beschränkt sind, muß doch auch ein Erbe, dem zugleich ein Erbhof zufällt, die ihm durch das BGB. gewährten Mittel haben, die Nachlaßgläubiger von seinem eigenen Vermögen fernzuhalten. Das eine dieser Mittel besteht darin, daß er die Anordnung des Nachlaßkonkurses oder der Nachlaßverwaltung herbeiführt, soweit der der Vollstreckung unterliegende Teil des Nachlasses — mag dieser nun dem von vornherein erbhoffreien Teil oder dem Erbhof entstammen — zur Deckung der Kosten ausreicht; das andere darin, daß er die Erschöpfungseinrede zu erheben befugt ist, indem er den Nachlaßgläubigern den jeweils der Vollstreckung unterliegenden Teil des Nachlasses zu deren Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung zur Verfügung stellt (ebenso Schapp a. a. O. S. 49). Andernfalls wäre derjenige, dem ein verschuldeter Erbhof anfällt, stets einer großen, durch die Grundsätze des Erbhofrechts nicht gerechtfertigten Gefahr ausgesetzt, zumal sich das Maß der Verschuldung oft schwer bis zum Ablauf der Ausschlagungsfrist übersehen läßt. Die Bereicherung um den Wert des Erbhofs braucht er nicht gegen sich gelten zu lassen, weil der Erbhof auch in den Händen des Erblassers dem Zugriff der Gläubiger nicht unterlegen hätte.

Falls der Antragsteller mangels Bauernfähigkeit nicht zugleich Anerbe ist, bedarf zunächst die Frage der Prüfung, ob er überhaupt allein befugt ist, den Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung zu stellen. Dies ist trotz der Vorschr. des § 2062 BGB. zu bejahen. Denn der Erbhof bildet zwar gem. § 19 RErb-

---

weit zu fassen ist, ist das Vorhandensein einer Masse überhaupt eine mehr als problematische Sache. Wenn nun noch beobachtet wird, daß die Best. in § 1982 BGB., wonach die Eröffnung der Nachlaßverwaltung abgelehnt werden kann, wenn keine der Kosten entsprechende Masse vorhanden ist, nur ein Mindesterfordernis aufstellt, bei dessen Nichtvorhandensein das ganze Verfahren seinen Sinn verliert, so kann man wohl die Schlußfolgerung ziehen, daß eine „Masse" der hier vorl. Art mehr eine schöne Hoffnung als eine geeignete Grundlage für das beantragte Verfahren oder einen Nachlaßkonkurs, ja selbst für eine Hinausgabe an die Gläubiger ist, und daher von dem vom Gericht mit Vogels eingenommenen Standpunkt aus wohl die Eröffnung des Verfahrens hätte abgelehnt werden müssen.

2. Der Ausgangspunkt ist aber bedenklich, und zwar in einer Weise, die dazu führt, den Tenor der Entsch. doch für richtig zu erklären und somit den Bedürfnissen des Rechtslebens gerecht zu werden. Es bedarf keiner Ausführungen, daß der Nachlaßkonkurs und die gesetzliche Folge der Erschöpfungseinrede echte Zwangsvollstreckung sind und daher den Erbhof selbst mit seinem Zubehör niemals erfassen können (§ 38 RErbhofG.). Anders die Nachlaßpflegschaft (Nachlaßverwaltung). Sinn einer Verwaltung ist es niemals, die Masse zu liquidieren, sondern im Gegenteil, sie zu erhalten, und aus ihren Erträgnissen, statt sie dem Schuldner zur freien Verfügung zu überlassen, die Gläubiger zu befriedigen. Dies gilt sogar für die eigentliche Zwangsverwaltung. Fonas (Das Zwangsvollstreckungsnotrecht, S. 73) schreibt hierüber: „Der Einrichtung der Zwangsverwaltung liegt der gesetzgeberische Gedanke zugrunde, daß, wenn der Schuldner seine laufenden dinglichen Verbindlichkeiten nicht erfüllt, ... eine Besserung dadurch erreicht werden kann, daß die Wirtschaftsführung einem anderen übertragen wird." Wieviel mehr gilt dies aber in der Nachlaßverwaltung, die nicht den Schutz des Gläubigers, sondern den des Schuldners bezweckt. Staudinger schreibt zu § 1975 BGB. in Anm. IV A, daß die Nachlaßverwaltung eine Pflegschaft, wenn auch zum Zwecke der Befriedigung von Gläubigern, eine cura personae sei und daher, soweit das Gesetz nicht ausdrücklich anders bestimme, die Vorschr. über die Pflegschaft auf sie anzuwenden seien. Dies kommt unter anderem dadurch deutlich zum Ausdruck, daß der Nachlaßverwalter unbestritten gesetzlicher Vertreter des Erben ist, im Gegensatz zum Zwangsverwalter, der niemals gesetzlicher Vertreter des Schuldners sein kann. Er bedarf zu Rechtshandlungen der Genehmigung des Nachlaßgerichts, nicht aber der Zwangsverwalter der des Vollstreckungsgerichts. Unter Hinweis auf alle Erläuterungsbücher zum BGB. sei von weiteren Beweismitteln dafür hier abgesehen, daß es zum mindesten mit sehr guten Gründen vertretbar ist, wenn man die Nachlaßverwaltung als etwas ganz anderes als die Zwangsverwaltung, also nicht als eine Zwangsvollstreckung auffaßt. Die Folgerung hieraus ist, daß man ohne irgendeine Vergewaltigung gesetzlicher Best. die Nachlaßverwaltung auch auf Erbschaften, zu denen ein Erbhof gehört, uneingeschränkt als zulässig erklären wird. Inwiefern dies dem RErbhofG. und seinem Sinn zuwiderlaufen sollte, ist nicht einzusehen. Schafft doch das Gesetz selbst Parallelen dazu, z. B. im Falle vorübergehender Bauernunfähigkeit des Eigentümers eines Erbhofes! — Noch von einem anderen Gesichtspunkt aus, der hier nur kurz angedeutet sei, möchte ich aber dieses Ergebnis vertreten. Eine Nachlaßverwaltung kann immer nur angeordnet werden, wenn der Nachlaß noch nicht geteilt ist. Die Best. mortis causa des RErbhofG. beziehen sich aber immer nur auf die Teilung des Nachlasses, es kommt also gewissermaßen erst im Zeitpunkt der Teilung zum Zuge. Vorher besteht eine Erbengemeinschaft, die also, weil das ErbhofG. auf diese Erbengemeinschaft eigentlich noch gar keine Wirkung äußert, unbedenklich als Objekt einer Nachlaßverwaltung gedacht werden kann, auch wenn ein Erbhof im Spiele ist (Baumecker, Handbuch des gesamten Reichserbhofrechts; Reitmair und Kruis, Handkommentar, S. 78 Nr. 2).

Ich komme also in Übereinstimmung mit dem KG. zu dem Ergebnis, daß eine Nachlaßverwaltung zulässig ist, im Gegensatz zum KG. jedoch unbeschränkt, und auf einem ganz anderen Wege.

Notar Schieck, Markt Grafing b. München.

hofG. hinsichtlich der gesetzlichen Erbfolge und der Erbteilung einen „besonderen Teil der Erbschaft". Auch haftet der Anerbe den Nachlaßgläubigern gegenüber neben den gewöhnlichen Erben gleich einem Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten, wie sich schon aus den §§ 22 Abs. 4 und 36 Abs. 2 RErbhofG. ergibt (ebenso Vogels a. a. O., Erl. II 1 zu § 34 S. 195; Wöhrmann a. a. O. S. 49/50). Jedoch geht der Erbhof kraft Gesetzes ungeteilt auf den Anerben über (§ 19 Abs. 2), so daß insoweit eine Erbengemeinschaft gar nicht eintritt. Die Vorschr. des § 2062 BGB. setzt aber eine Erbengemeinschaft, d. h. eine der Auseinandersetzung unterliegende Gemeinschaft zur gesamten Hand voraus, wie sich schon daraus ergibt, daß mit der Teilung des Nachlasses (d. h. mit der rechtsgeschäftlichen Auseinandersetzung) die Anordnung einer Nachlaßverwaltung ausgeschlossen ist. Daher ist der Antragsteller, auch wenn ihm der Erbhof nicht zugefallen sein sollte, mit Rücksicht darauf, daß er im übrigen Alleinerbe ist, für befugt zu erachten, den Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung ohne Mitwirkung des Anerben zu stellen, wenn auch nur in Ansehung des ihm zufallenden erbhoffreien Nachlasses. Jedoch kommt insoweit eine Nachlaßverwaltung keinesfalls in Frage, weil nach der eigenen Darstellung des Antragstellers der Erblasser Vermögen, das schon bei Eintritt des Erbfalls erbhoffrei war, überhaupt nicht hinterlassen hat.

Hiernach kommt es in erster Linie darauf an, ob der Antragsteller überhaupt zugleich Anerbe geworden ist. Trifft das zu, so bleibt aufzuklären, ob der der Vollstreckung unterliegende Teil des Nachlasses die Kosten der Nachlaßverwaltung zu decken vermag. Hierbei wird noch zu berücksichtigen sein, daß der Antragsteller inzwischen das Entschuldungsverfahren beantragt hat, und daß, falls dieses eröffnet ist, dadurch möglicherweise ein weiterer Teil des Nachlasses der Zwangsvollstreckung und daher der Nachlaßverwaltung entzogen ist. Aber selbst wenn der der Vollstreckung unterliegende Teil des Nachlasses die Kosten der Nachlaßverwaltung nicht zu decken vermag, ist diese noch nicht ohne weiteres abzulehnen, sondern ist dem Antragsteller zunächst noch durch Zwischenverfügung Gelegenheit zu geben, einen zur Deckung der Kosten ausreichenden Geldbetrag vorzuschießen; denn insoweit findet der § 107 Abs. 1 KO. im Falle des § 1982 BGB. entsprechende Anwendung (vgl. RGRKomm., Anm. zu § 1982 BGB.; Planck, § 1982 Anm. 3 BGB.). Falls die Anwendung der vorstehend dargelegten Rechtsgrundsätze auf Grund der weiteren Ermittelungen demnächst zur Anordnung der Nachlaßverwaltung führt, ist diese ausdrücklich auf die der Zwangsvollstreckung unterliegenden Teile des Nachlasses zu beschränken, so daß der Nachlaßverwalter nur diese zu verwalten befugt ist und nur deren Herausgabe von dem Erben verlangen kann. Die Herausgabe der erbhoffreien landwirtschaftlichen Erzeugnisse kann gemäß den §§ 38 Abs. 2, 39, 59 RErbhofG. nur insoweit verlangt werden, als sie nicht zum Unterhalt des Bauern oder seiner Familie bis zur nächsten Ernte erforderlich sind, und weiterhin auch nur unter den in § 39 Abs. 2—5 RErbhofG. angeführten Voraussetzungen.

(KG., ZivSen. 1b, Beschl. v. 16. Aug. 1934, 1b X 363/34.)
Ber. von LGR. Dr. Henke, Berlin.

*

4. § 20 Abs. 5, 6 PrGKG. Ein Vertrag, durch den der Patentinhaber eine ausschließliche Lizenz gegen Zahlung eines Barpreises und jährlicher Lizenzgebühren ohne zeitliche Begrenzung dem Lizenznehmer überträgt, ist gebührenrechtlich nicht als Pachtvertrag, sondern als Kaufvertrag zu bewerten.

Die Einräumung einer Lizenz hat im Patentrecht die Bedeutung, daß der Patentinhaber einem Dritten das Recht zur Ausnutzung der geschützten Erfindung überträgt. Dies kann in zweierlei Form geschehen. Entweder überträgt der Patentinhaber dem Lizenznehmer die Gesamtheit der aus dem Patent folgenden Rechte für einen räumlich, zeitlich oder sachlich abgegrenzten Bereich dergestalt, daß er weitere Lizenzen einräumen, jedem anderen den Eingriff in seinen Bereich untersagen und wegen etwaiger Verletzung seiner Rechte selbständig klagen kann (ausschließliche Lizenz); oder die Übertragung beschränkt sich auf die bloße Erlaubnis zur Benutzung des Patents, indem der Patentinhaber dem Lizenznehmer verspricht, ihm gegenüber von seinem Verbietungsrechte keinen Gebrauch zu machen (RG. 106, 362 ff.[1])). Welche rechtliche Natur der Lizenzvertrag hat, ist bestritten. In Betracht kommen drei Vertragstypen, nämlich Kauf, Pacht oder Gesellschaft. Welchem dieser Typen der Lizenzvertrag einzuordnen ist, hat das RG. hauptsächlich in Stempelsachen erörtert. Bei der Einräumung der ausschließlichen Lizenz hat es in der Regel einen Kaufvertrag (RG. 31, 295; 76, 235[2]); ZBl. d. AbgGes. 1906, 799,) bei der einfachen Lizenz dagegen einen Pachtvertrag (JW. 1907, 136) angenommen (vgl. dazu Krauße, PatG. 1931, § 6 Anm. 7, I; Pietzker, PatG. 1929, § 6 Anm. 16 und 33; Isay, PatG. 1932, § 6 Anm. 5 und 10). Indessen ist diese Rspr. nicht einheitlich durchgeführt; gelegentlich ist auch bei der ausschließlichen Lizenz Pachtvertrag angenommen worden (WarnRspr. 2 Nr. 155). In RG. 116, 78[3]) ist sogar ausgeführt, daß die Lizenz grundsätzlich Rechtspacht sei. Bisweilen können Lizenzverträge auch einen gesellschaftsrechtlichen Einschlag haben, wenn nämlich beide Teile zu einem gemeinsamen Ziele tätig werden sollen (RG. 116, 82[3]); 126, 65[4]); 142, 212[5])). Da alle Versuche, die Lizenzverträge einer bestimmten Rechtsfigur unterzuordnen, bei der Vielgestaltigkeit der Einzelfälle nur bedingten Wert haben, nimmt das Schrifttum mit überwiegender Mehrheit an, daß der Lizenzvertrag ein Vertrag eigener Art sei (vgl. insbes. Krauße, Pietzker, Isay a. a. O.).

Der vorl. Vertrag ist kostenrechtlich als ein Vertrag auf Austausch von Leistungen i. S. von § 38 Abs. 1 PrGKG. anzusehen, der den Charakter der Veräußerung einer ausschließlichen Lizenz mit gesellschaftsähnlichem Einschlag trägt. Daß es sich um die Veräußerung einer ausschließlichen Lizenz handelt, erhellt daraus, daß das alleinige Herstellungs- und das alleinige Verkaufsrecht (§§ 1 und 8) aus den Patenten des Patentinhabers für jetzt und in Zukunft, wenn auch mit räumlicher Beschränkung, dem Lizenznehmer übertragen wird. Daß der Patentinhaber obligatorisch zur Anstrengung der Patentverletzungsklage verpflichtet ist, spricht nicht gegen die Ausschließlichkeit der Lizenz, weil ein selbständiges Vorgehen des Lizenznehmers gegen den Störer dadurch nicht ausgeschlossen wird (RG. 54, 273; 76, 237[2]); Pietzker a. a. O. Anm. 31, 32). Der gesellschaftsähnliche Einschlag des Vertrages ergibt sich aus der partiarischen Beteiligung des Patentinhabers am Umsatz i. Verb. m. den von ihm in §§ 5 bis 7 des Vertrages übernommenen Pflichten zur Förderung der Herstellung und des Verkaufs durch den Lizenznehmer. Bei dieser Rechtslage können entgegen der Auffassung des LGPräs. die kostenrechtlichen Best. des § 20 Abs. 6 PrGKG. über die Bewertung von Pachtrechten hier keine Anwendung finden. Vielmehr ist unter der Voraussetzung der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung der Wert des Lizenzvertrages auf den vom Lizenznehmer zu entrichtenden Barpreis zuzüglich der gem. § 20 Abs. 5 PrGKG. i. Verb. m. § 6 Abs. 9 LStG. kapitalisierten jährlichen Lizenzgebühr anzunehmen.

(KG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 6. Juli 1934, 1a X 763/34.)
Ber. von KGR. Heydtmann, Berlin.

*

5. § 46 PrGKG. Der Wert eines Generalversammlungsbeschlusses über die Verwendung des Reingewinns bestimmt sich nach dem Betrage dieses Reingewinns ohne Rücksicht darauf, ob ein Teil des Gewinnes bereits in dem des Vorjahres enthalten war.

Punkt 1 der Tagesordnung hatte bzgl. der Verteilung des Reingewinns einen vermögensrechtlichen Wert, der dem Reingewinn entsprach. Woraus sich im einzelnen der Reingewinn zusammensetzt, ist dabei gleichgültig. Sein Gegenstandswert ist das, was mehr an Aktivwerten vorhanden ist, als die festgesetzte Höhe des Grundkapitals nach Abzug der allgemeinen Geschäftsunkosten beträgt. Es ist dabei einerlei, ob der Gewinn ausgeschüttet worden ist oder vorgetragen wird. Im Vortrag des Gewinns liegt auch eine Bestimmung über ihn (vgl. JFG. ErgBd. 3, 239; JurRdsch. 1927, 1454; Beus-hausen, 4. Aufl., S. 313 zu c; Bartscher-Drinnenberg-Wenz, Anm. 4 zu § 46 PrGKG.). Es ist danach auch unerheblich, ob sich in dem Gewinn ein Gewinnvortrag aus dem Vorjahre mit befindet; denn es kommt nur darauf an, was sich aus der Bilanz als Reingewinn, der ausgeschüttet werden kann, aber nicht ausgeschüttet zu werden braucht, ergibt (vgl. DNotV. 29, 370 u. 30, 105; 1a X 788/34). Bei dieser Sachlage kann es nicht darauf ankommen, daß der Gewinnvortrag, worauf die BeschwF. hinweist, doppelt mit Kosten belastet wird; denn der Gegenstandswert ist eben nach dem bilanzmäßig ausgewiesenen Gewinn allein zu berechnen ohne Berücksichtigung dessen, ob ein Teil dieses Gewinns bereits in dem des Vorjahres enthalten war.

(KG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 24. Aug. 1934, 1a X 892/34.)
Ber. von KGR. Heydtmann, Berlin.

*

6. §§ 69, 71 PrGKG. Unter „ein und dieselbe Anmeldung" ist in § 71 PrGKG. die „gleichzeitige" Anmeldung (vgl. §§ 55 Abs. 5, 57 Abs. 3 Satz 1 PrGKG.) zu verstehen.

Für die hier in Frage stehenden Eintragungen in das Handelsregister bei der eingangs genannten KommGes. sind an sich Gebühren gem. § 69 Ziff. 2b i. Verb. m. Ziff. 1b PrGKG. zu erheben. § 71 a. a. O. bestimmt, daß, wenn auf Grund einer und derselben Anmeldung mehrere Eintragungen bezüglich einer Gesellschaft in dieselbe Abteilung des Handelsregisters eines Gerichts erfolgen, nur

[1]) JW. 1923, 992. [2]) JW. 1911, 668. [3]) JW. 1927, 1592. [4]) JW. 1930, 1724. [5]) JW. 1934, 475.

der höchste der für die einzelnen Eintragungen im § 69 bestimmten Sätze erhoben wird, abgesehen von der hier nicht in Betracht kommenden Sonderbestimmung für eine auf eine Prokura bezügliche Eintragung. Zu entscheiden ist, was im § 71 a. a. O. unter „ein und dieselbe Anmeldung" zu verstehen ist. Das BeschwG. hat es darauf abgestellt, ob die Anmeldungen „gemeinsam" erfolgen, und ausgeführt, daß nur, wenn mehrere Vorgänge, welche an sich selbständig seien, gemeinsam angemeldet würden, § 71 a. a. O. zur Anwendung komme, daß hier indessen nur äußerlich durch das Übersendungsschreiben des Notars der Zusammenhang zwischen den einzelnen Anmeldungen hergestellt sei, die dadurch aber ihre Selbständigkeit hinsichtlich der Gebührenberechnung nicht verloren hätten. Diese Beurteilung läuft darauf hinaus, daß so viele getrennte Gebühren zu erheben sind, wie getrennte (urkundlich getrennte) Anmeldungen vorliegen. Rein praktisch erscheint diese Auffassung, wie gerade der zur Entsch. stehende Fall zeigt, schon wenig befriedigend; so ist für die Eintragung des Ausscheidens der 48 Kommanditisten die gleiche Gebühr aus § 69 a. a. O. (einmal) berechnet, wie z. B. für die Eintragung des Ausscheidens des einen Kommanditisten G., die gleiche Gebühr auch für die Eintragung des Eintritts eines jeden neuen Kommanditisten und die Eintragung der Erhöhung der Kommanditanteile von zehn Kommanditisten. Die Auslegung des LG. erscheint aber auch rechtlich unzutreffend.

Die Vergünstigungsbestimmung des § 71 PrGKG. ist aus § 3 Abs. 2 VO. v. 27. Jan. 1862 (GS. 33) in genau der gleichen Fassung übernommen worden. Aus der Entstehungsgeschichte läßt sich nicht mit völliger Sicherheit entnehmen, was unter „ein und dieselbe Anmeldung" zu verstehen ist. Es muß aber angenommen werden, daß, wenn es auf die Einheitlichkeit der urkundlichen Form ankommen sollte, dies irgendwie zum Ausdruck gebracht worden wäre. Auch das KG. hat früher ersichtlich den gegenteiligen Standpunkt vertreten, wenn es entschieden hat, daß „eine und dieselbe Anmeldung i. S. des § 73 Abs. 2 PrGKG. (jetzt § 71 a. a. O.) auch in mehreren sich zu einer einheitlichen Anmeldung ergänzenden Eingaben enthalten sein könne" (KGJ. 37, B 41). Wenn hier von „ein und derselben" oder „einheitlichen" Anmeldung die Rede ist, so kann darunter nur die zeitlich einheitliche, also die gleichzeitige Anmeldung verstanden werden. In diesem Sinne verstehen offenbar auch Mügel-Ehm die Bestimmung des § 71 PrGKG. In sämtlichen Anmerkungen zu § 74 PrGKG. a. F. (7. Aufl.) ist nur von „Gleichzeitigkeit" gesprochen. So heißt es namentlich in Anm. 3: Für alle anderen Eintragungen, als solche, die sich auf eine Prokura beziehen, gilt folgender Grundsatz: Beschränken sich mehrere gleichzeitig beantragte, dasselbe kaufmännische Unternehmen betreffende Eintragungen auf eine der Abteilungen A oder B des Registers, so wird nur eine einmalige Gebühr erhoben (ebenso auch Anm. 4 S. 339). Für diese Auslegung spricht auch die Verweisung des KG. (KGJ. 37, B 42) auf den analogen Fall des § 58 Abs. 4 und § 64 Abs. 2 PrGKG. a. F. und die dort ausgesprochene Billigung der Ansicht (KGJ. 30, B 24), daß mehrere in verschiedenen Urkunden enthaltene Anträge für einen gleichzeitig gestellten Antrag zu erachten seien (vgl. auch Bartscher-Drinnenberg-Wenz, VII, Anm. 5 zu § 71 PrGKG. a. E.). Schließlich fehlt es auch an einem überzeugenden Grunde dafür, weshalb die Vergünstigung von dem mehr oder weniger zufälligen Umstande der urkundlichen Trennung der Anmeldungen abhängig gemacht werden sollte. Denn die dem Gericht obliegende Tätigkeit ist die gleiche, unabhängig davon, ob die Anmeldungen in getrennten Urkunden erfolgen oder in einer einzigen Urkunde, sofern nur alle Anmeldungen in dem dargelegten Sinne „gleichzeitig" eingehen.

An der „Gleichzeitigkeit" ist vorliegend nicht zu zweifeln, da alle Anmeldungen erst durch die Einreichung durch den dazu legitimierten Notar vollendet und wirksam wurden. Die Gebühr aus § 69 PrGKG. durfte deshalb nur einmal erhoben werden.

(KG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 3. Aug. 1934, 1a X 953/34.)
Ber. von KGR. Heydtmann, Berlin.

---

2. Bayern

7. § 67 Abs. 1 u. 2 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG.; Art. 22 Abs. 3 BayNotGebO. Die Gebührenermäßigung nach § 67 Abs. 1 u. 2 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG. findet auch Anwendung auf Übergabsverträge, durch die ein Ehegattenerbhof in das Alleineigentum einer bauernfähigen Einzelperson überführt wird.

I. Die in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Bauerseheleute N. übergaben am 6. März 1934 ihr landwirtschaftliches Anwesen mit einer Grundfläche von 14,271 ha, dessen Wert auf 12000 *RM* geschätzt wurde, ihrem Sohne Hans N. Das Notariat berechnete für die Beurkundung dieses Vertrags nach Art. 22 Abs. 3 BayNotGebO. i. d. Fass. v. 15. Juli 1931 (JMBl. u. F. 2, 751, 758) unter Zugrundelegung eines Gegenstandswertes von 12000 *RM* $^7/_{10}$ der vollen Wertgebühr des Art. 14 dieser GebO., sohin den Betrag von 49,20 *RM* (Art. 13 Abs. 1 a. a. O.). Hans N. bezahlte die Notariatsgebühr, stellte aber nach Art. 51 BayNotG. an das LG. den Antrag, die Notariatskosten festzusetzen. Er machte geltend, daß nach § 67 Abs. 1 und 2 der 1. DurchfVO. v. 19. Okt. 1933 (RGBl. I, 749) zum RErbhofG. und nach Art. 22 Abs. 3 NotGebO. i. d. Fass. der VO. des JustMin. v. 6. März 1934 (JMBl. 68) für die Beurkundung des Übergabevertrags v. 6. März 1934 nur eine Notariatsgebühr von $^5/_{10}$ der vollen Wertgebühr des Art. 14 NotGebO. hätte angesetzt werden dürfen.

Durch Beschluß des LG. wurde die Notariatsgebühr für die Beurkundung dieses Vertrags auf 49,20 *RM* festgesetzt. Das Gericht nahm an, daß die im § 67 Abs. 2 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG. bestimmte Ermäßigung der Notariatsgebühr nur bei solchen Übergabeverträgen eintrete, durch die ein Erbhof erst zur Entstehung komme, daß aber bei der Übergabe eines bereits bestehenden Erbhofs die allgemeine Regelung der Notariatsgebühren Platz greife, weil die Ermäßigung der notariellen Geschäftsgebühr nur den Zweck verfolge, die Entstehung neuer Erbhöfe zu begünstigen.

Auf die Beschwerde des Hans N. setzte das BayObLG. die Gebühr auf 35,10 *RM* fest.

1. In den §§ 1 Abs. 1 und 17 Abs. 1 RErbhofG. war vorgeschrieben, daß eine Besitzung nur dann ein Erbhof sei, wenn sie sich im Alleineigentum einer bauernfähigen Person befinde, und daß ein Erbhof nicht zum Gesamtgut einer ehelichen Gütergemeinschaft gehören oder sonst im Eigentum mehrerer Personen stehen könne. Weil aber bisher in einem großen Teile Deutschlands in bäuerlichen Kreisen die Gütergemeinschaft üblich war, hätten diese Best. zur Folge gehabt, daß das RErbhofG. auf eine sehr große Anzahl bäuerlicher Besitzungen nicht hätte angewendet werden können. Da ein derartiges Ergebnis unerwünscht war, wurde im § 62 Abs. 1 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG. bestimmt, daß bei solchen Besitzungen, die am 1. Okt. 1933 im Gesamthandeigentum oder Miteigentum von Ehegatten standen, von dem für die Erbhofeigenschaft eines Besitztums aufgestellten Erfordernisse des Alleineigentums abgesehen werde. Die 1. DurchfVO. z. RErbhofG. ist mit Wirkung v. 1. Okt. 1933 ab in Kraft getreten (§ 69 a. a. O.). Weil das Anwesen der Eheleute N. den Voraussetzungen der §§ 2 und 3 RErbhofG. entspricht (vgl. auch § 34 Abs. 1 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG.), ist es zur Zeit seiner Übergabe an Hans N. ein Erbhof gewesen (§ 1 dieses Ges.). Nach § 67 Abs. 1 und 2 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG. werden, wenn eine den §§ 1—4, 6 dieses Ges. entsprechende Besitzung, die im Eigentum mehrerer Personen steht, nach dem 30. Sept. 1933 in das Alleineigentum einer bauernfähigen Person übergeführt und hierdurch, soweit sie es nicht schon ist, in einen Erbhof i. S. des RErbhofG. verwandelt wird, die notariellen Gebühren für die Beurkundung von Erklärungen, die für eine solche Überführung erforderlich sind, auf die Hälfte ermäßigt. Diese Ermäßigung dient nicht bloß dem Zwecke, die Schaffung neuer Erbhöfe durch Übertragung erbhoffähiger Liegenschaften zu begünstigen, sondern auch dem Ziele, die Absicht des Gesetzgebers, daß der Erbhof tunlichst im Alleineigentum einer bauernfähigen Person stehen, sohin in einer Hand rechtlich vereinigt sein soll, mit möglichster Beschleunigung zu verwirklichen. Aus den im § 67 Abs. 1 a. a. O. enthaltenen Worten, daß die Gebührenermäßigung eintritt, wenn die übertragene Besitzung durch den Eigentumsübergang ein Erbhof wird, „soweit sie es nicht schon ist", geht hervor, daß die Ermäßigung der notariellen Gebühr auch bei der Beurkundung solcher Übergabsverträge gewährt wird, in denen die im Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft lebenden Bauerseheleute ihren Erbhof in das Alleineigentum einer bauernfähigen Einzelperson überführen (vgl. Vogels, RErbhofG., 3. Aufl., Anm. I 1 zu § 67 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG.; DNotZ. 1934, 68 und 327; BayBeil. z. DNotZ. 1934, 18, 22, 23).

2. Im Art. 22 Abs. 3 NotGebO. ist für die Beurkundung von Übergabsverträgen eine Ermäßigung der notariellen Wertgebühr vorgesehen, wenn das Rechtsgeschäft zwischen Verwandten auf- oder absteigender Linie, einschließlich der Stief- und Adoptivverwandten, geschlossen wird; in solchen Fällen sind statt der vollen Wertgebühr ohne Rücksicht auf den Gegenstandswert nur $^7/_{10}$ der vollen Wertgebühr zu erheben. Das Zusammentreffen dieser Gebührenermäßigung mit der im § 67 Abs. 2 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG. bestimmten Gebührenerleichterung würde dazu führen, daß in derartigen Fällen nur eine notarielle Wertgebühr von $^7/_{20}$ der Gebühr des Art. 14 NotGebO. für die Beurkundung der Übergabsverträge berechnet werden dürfte. Dieses als unbillig erachtete Ergebnis wurde dadurch beseitigt, daß durch die VO. des BayJustMin. v. 6. März 1934 (JMBl. 68) mit Wirkung v. 1. März 1934 ab die Ermäßigungsvorschriften des Art. 22 Abs. 3 NotGebO. in den Fällen, in denen § 67 Abs. 2 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG. gilt, für unanwendbar erklärt wurden.

4. Nach den obigen Ausführungen ist für die Beurkundung des hier in Betracht kommenden Übergabsvertrags eine Notariatsgebühr von $^5/_{10}$ der vollen Wertgebühr des Art. 14 NotGebO. anzusetzen, weil die Eheleute N. ihren Erbhof einer bauernfähigen Einzelperson übergeben haben. Die Gebühr von $^5/_{10}$ der vollen Wertgebühr des

Art. 14 NotGebO. errechnet sich auf 35,10 *RM*. Der landgerichtliche Beschluß war daher abzuändern, wie geschehen.

(BayObLG., Beschl. v. 6. Juni 1934, VI 7/34.) [S.]

Bamberg

Erbhofgerichte

1. §§ 1, 2 RErbhofG. Liegt ein Erbhof vor, wenn neben der Landwirtschaft selbständig ein Gewerbe betrieben wird, für einen der Betriebe aber erst eine eigene Hofstelle geschaffen werden muß? †)

Karl L. hat in O. ein Bauernanwesen mit 19,792 ha land- und forstwirtschaftlich genutztem Grund und Boden. Außerdem hat er eine Brauerei. Sein Anwesen wurde in das gerichtliche Verzeichnis der Höfe, deren Eintragung in die Erbhöferolle in Aussicht genommen ist, aufgenommen. L. hat gegen die Eintragung in das Verzeichnis Einspruch eingelegt.

Das AnerbG. hat mit Beschl. v. 25. April 1934 den Einspruch zurückgewiesen, da alle Voraussetzungen für das Vorliegen eines Erbhofes gegeben seien. Die gegen diesen Beschluß eingelegte sofortige Beschw. begründete L. damit, daß der Brauereibetrieb den landwirtschaftlichen Betrieb überwiege und daher ausschlaggebend sei. Sein bäuerliches Anwesen, das bis auf 3 ha verpachtet sei, sei daher kein Erbhof.

Der landwirtschaftlich nutzbare Grund und Boden des BeschwF. hat einen Umfang von 19,792 ha, umfaßt also diejenige Menge Landes, die notwendig ist, um eine Familie unabhängig vom Markt und der allgemeinen Wirtschaftslage zu ernähren und zu bekleiden sowie den Wirtschaftsablauf des Erbhofs zu erhalten. Da auch die übrigen Voraussetzungen des RErbhofG., insbes. die Best. der §§ 12, 13 und 15 RErbhofG. erfüllt seien, liegt zweifellos ein Erbhof vor.

Nun ist es richtig, daß L. eine gutgehende Brauerei betreibt und daß er sich in den letzten Jahren mehr der Brauerei als der Landwirtschaft gewidmet hat. Der Brauereibetrieb kann nicht mehr als Nebenbetrieb der Landwirtschaft angesehen werden, umgekehrt ist aber auch der landwirtschaftliche Betrieb kein Nebenbetrieb der Brauerei. Beide Betriebe gehen nebeneinander und beide Betriebe sind unabhängig voneinander in der Lage, eine Familie zu ernähren und zu erhalten.

L. hat den größten Teil seiner Felder und Wiesen seit etwa neun Jahren verpachtet. Er verpachtete diese Grundstücke aber nicht, um sie als Einnahmequelle zu nutzen, sondern weil in diesen Jahren seine beiden Söhne von Hause weg waren und ihm der Betrieb der Brauerei und des Bauernhofs nebeneinander zu viel war. Die Verbindung mit seinem Grund und Boden hat L. nie aufgegeben und auch nicht verloren. Er hat 3 ha seines Besitzes die ganze Zeit hindurch landwirtschaftlich genutzt: Die Verpachtung der übrigen Grundstücke geschah nicht mit dem Willen der ständigen Verpachtung, sondern es war von vornherein beabsichtigt, den Grundbesitz wieder selbst zu bewirtschaften, wenn einer der Söhne das Anwesen übernehmen werde.

Es liegt deshalb, wie das AnerbG. mit Recht ausgesprochen hat, ein Erbhof vor, bei dem aber der Brauereibetrieb nicht als landwirtschaftlicher Nebenbetrieb erachtet werden kann, sondern als Gewerbebetrieb angesehen werden muß, der gleichwertig neben dem anderen Betriebe steht. Es kann infolgedessen auch jeder Zeit, wenn eine Hofstelle für den Brauereibetrieb geschaffen wird, der Brauereibetrieb vom landwirtschaftlichen Betrieb getrennt werden. Bei dieser Sachlage mußte die sofortige Beschw. des L. als unbegründet zurückgewiesen werden.

(ErbhGer. b. OLG. Bamberg, Beschl. v. 11. Juli 1934, BeschwReg. Nr. 206/34.) [S.]

*

Zu 1. Auf die Anm. unten zu ErbhGer. Stuttgart S. 2707 darf verwiesen werden. Die Entsch. ist demnach nur dann gerechtfertigt, wenn die bestehende einzige Wohnung ganz unzweifelhaft dem Bauernanwesen und nicht dem Gewerbebetrieb zugerechnet werden kann. Der Tatbestand läßt dies nicht einwandfrei erkennen, ebensowenig, ob das Gericht alle die mit der Trennung beider Betriebe voneinander regelmäßig verbundenen Schwierigkeiten wirtschaftlicher, katastermäßiger und grundbuch-rechtlicher Art ausreichend geprüft und als nicht vorhanden oder doch leicht überwindbar festgestellt hat. Auf keinen Fall darf aber verkannt werden, daß in der vom Gericht für richtig gehaltenen Trennung der Betriebe — hauptsächlich anscheinend wegen des Vorhandenseins zweier Söhne! — eine große Härte gegenüber dem Sohne liegt, der die Brauerei bekommen wird, weil er gezwungen ist, in diese eine neue Wohnung einzubauen. Dieser Gesichtspunkt läßt die Entsch. als nicht ganz unbedenklich erscheinen und mahnt neuerdings zu größter Vorsicht bei der Trennung einer organisch gewachsenen Betriebsgemeinschaft.

Notar Schieck, Markt Grafing b. München.

Celle

2. §§ 1, 2 RErbhofG. Eine Geflügelfarm ist kein Erbhof, wenn die Tiere ausschließlich oder in der Hauptsache mit gekauftem Futter ernährt werden.

Der Direktor a. D. Ferdinand B. ist zusammen mit seiner Ehefrau Eigentümer eines Grundbesitzes, welcher eine Größe von 8,58,29 ha und einen Grundsteuerreinertrag von 201,21 Talern hat. Von diesem Grundbesitz sind 7 ha 53 a Weide und Obstplantage. Der Eigentümer nutzt das Grundstück in der Hauptsache durch den Betrieb einer Geflügelfarm und ferner durch eine Obstplantage, die sich noch im Aufbau befindet.

Er hat beim AnerbG. in L. den Antrag gestellt, die vorgenannte Besitzung „Ellernsepp" zum Erbhof zu erklären. Er hat zur Begr. ausgeführt, es handele sich um einen landwirtschaftlichen Betrieb; denn die Hühner würden bei einer derart großen Bodenfläche zum größten Teil nicht mit zusätzlicher Nahrung, sondern aus den Gräsern und Würmern der Weide ernährt. Die Obstplantage sei 3—7 Jahre alt und von bestem Wuchs. Die Bäume seien gesund und bürgten für gute und frühe Erträge.

Das AnerbG. in L. hat durch Beschluß v. 16. Mai 1934 festgestellt, daß die Besitzung zur Zeit kein Erbhof sei.

Gegen diesen Beschluß hat der Eigentümer sofortige Beschwerde eingelegt.

Die Beschwerde konnte keinen Erfolg haben. Es fehlt an den sachlichen Voraussetzungen für die Entstehung eines Erbhofes.

Zunächst muß festgestellt werden, daß die Obstplantage zur Zeit Nebenbetrieb und die Geflügelzucht Hauptbetrieb ist. Das besagt das Gutachten des M., das der Eigentümer selbst beigebracht hat. Das ergibt sich ferner aus der eigenen Äußerung des Eigentümers, welcher bei seiner Vernehmung vor dem AnerbG. in L. sagt, daß die 750 Obstbäume „jetzt anfingen", jährlich mehr und mehr Ertrag zu liefern. Die Ertragsschätzung, die D. in seinem Gutachten gibt, ist auch nur als Wahrscheinlichkeitsrechnung anzusehen. Wirkliche Erträge hat er seiner Schätzung offenbar deshalb nicht zugrunde gelegt, weil sie bislang noch nicht erzielt worden sind. Wäre der Obstertrag erheblich gewesen, so hätte der Eigentümer sicherlich dahingehende Angaben gemacht. Es muß deshalb für die Entsch. davon ausgegangen werden, daß die Geflügelzucht der Hauptbetrieb ist. Ob Geflügelzuchtbetriebe Erbhofeigenschaft haben können oder nicht, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. Entscheidend ist (vgl. Vogels, 3. Aufl., S. 49 und ebenso Baumecker S. 6), ob die Tiere ausschließlich oder in der Hauptsache mit gekauftem Futter oder ob sie aus der Landwirtschaft selbst ernährt werden. Nur wenn das letztere der Fall ist, handelt es sich um „landwirtschaftlich genutztes" Grundeigentum.

Im vorl. Falle kann keine Rede davon sein, daß sich die 7000 Hühner, die auf der Geflügelfarm gehalten werden, von den Gräsern und Würmern des Bodens ernähren, wie der Eigentümer glauben machen will. Denn es befindet sich auf dem Grundstück nach dem Gutachten des M. ein Mühlengebäude, das eigens zur Bereitung von Geflügelfutter neu erbaut ist. Aus dem von RA. N. überreichten Vergleichsvorschlag ergibt sich auch, daß ganz erhebliche Schulden dadurch entstanden sind, daß zusätzlich Futtermittel bezogen worden sind. In der Aufstellung der Forderungen befinden sich u. a. z. B. 6700 *RM* der Fischmehl Einfuhr GmbH., 491 *RM* der Getreidehandlung G. und S. und 1900 *RM* der Neuen Fischmehl Vertriebsgesellschaft in Hamburg. Ferner zeigt der Übereignungsvertrag v. 20. Jan. 1932, daß offensichtlich ganz erhebliche Mengen Fischmehl für den Geflügelzuchtbetrieb gebraucht worden sind. Denn die Fischmehl Einfuhr GmbH. räumt in diesem Vertrage der „Ellernsepp" einen Warenkredit bis zur Höhe von 20000 *RM* ein. Angesichts dieser Sachlage kann nicht davon gesprochen werden, daß die Hühner von der landwirtschaftlichen Nutzung der Grundstücke lebten; sie werden vielmehr in der Hauptsache durch gekaufte Futtermittel ernährt.

Der gewerbliche Einschlag des ganzen Betriebes ergibt sich im übrigen auch aus den erheblichen Geldinvestierungen für das Unternehmen, die der Eigentümer selbst in dem Schreiben v. 19. April 1934 auf 130000 *RM* beziffert, ferner aus der Ertragsrechnung, die rein auf einen gewerblichen Betrieb zugeschnitten ist, aus der Menge der auf dem Grundstück errichteten Gebäude (allein 17 Hühnerlegehallen, der Mühle, die mit einem Kostenaufwand von 25000 *RM* errichtet ist, und dem Elektrizitätswerk, das 100000 *RM* gekostet hat), sowie aus der Verschuldung des Betriebes, die sich auf 300000 *RM* beläuft, und auch aus den umfangreichen Sicherungsübereignungen und Pfändungen, wie sie sich aus den Darlegungen im Vergleichsvorschlage ergeben.

Hiernach überwiegt der gewerbliche Einschlag des Betriebes derart, daß von einer Landwirtschaft nicht mehr gesprochen werden kann.

(LErbhGer. Celle, Beschl. v. 24. Aug. 1934, 3 EH 912/34.) [—n.]

*

3. §§ 1, 10, 22 Abs. 2 RErbhofG.; § 61 der 1. DurchfVO.

1. Der als Anerbe berufene Sohn des Bauern hat auch dann ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Erbhofeigenschaft, wenn er bereits einen Erbhof hat. Er kann sich einem Verfahren nach § 10 RErbhofG. auch durch Einlegung der Beschwerde anschließen.

2. Ein Erbhof setzt eine Hofstelle voraus. Ein Nutzungsrecht an fremden Gebäuden erfüllt diese Voraussetzung nicht.

Der Anbauer Hermann L. sen. in M. hat durch Übergabevertrag v. 29. Okt. 1925/13. Juni 1927 seine Stelle Haus Nr. 46 in M. etwa zur Hälfte mit samt den Gebäuden auf seinen ältesten Sohn Hermann L. jun. übertragen. Der Hofesübernehmer ist als Eigentümer im Grundbuche eingetragen worden. Da sich der Hofesabgeber mit seinem Sohne schlecht stand, hat er sich bei der Hofesabgabe kein Altenteilsrecht ausbedungen, sondern sich das Eigentum an dem Reste der Anbauerstelle in Größe von 8,27,56 ha, eingetragen im Grundbuch von M. Bd. I Blatt 34, und ein Wohnrecht an der Stelle sowie ein Benutzungsrecht an den Wirtschaftsgebäuden vorbehalten, die auf den dem Sohne übereigneten Grundstücken stehen.

Hermann L. sen. hat beim AnerbG. in M. den Antrag gestellt, seinen Grundbesitz nicht als Erbhof anzuerkennen. Er hat zur Begr. ausgeführt, sein Grundbesitz sei zwar etwa 32 Morgen groß. Es fehlten hierbei aber die Gebäude. Er habe seine gesamten Wohn- und Wirtschaftsgebäude durch den Übergabevertrag seinem Sohn übertragen.

Das AnerbG. in M. hat durch Beschluß v. 20. April 1934 festgestellt, daß der Grundbesitz des Hermann L. sen. kein Erbhof sei, da keine Wirtschafts- und Wohnräume mehr dazu gehörten. Der Beschluß ist dem Eigentümer und dem Kreisbauernführer am 30. April 1934 zugestellt worden.

Gegen den Beschluß hat der Sohn Hermann L. jun. am 9. Mai 1934 Beschwerde eingelegt mit dem Antrage, den angefochtenen Beschluß aufzuheben und zu erkennen, daß die Besitzung Erbhof sei. Er hat zur Begr. seiner Beschwerdebefugnis ausgeführt, er sei der älteste von zwei Söhnen seines Vaters und würde deshalb als Anerbe des väterlichen Hofes in Frage kommen. Als solcher habe er ein erhebliches Interesse an der Entsch. Hermann L. sen. hat die Beschwerdebefugnis bestritten, weil der Beschwerdeführer bereits einen Erbhof habe.

Die Beschwerdebefugnis des Hermann L. jun. ist zu bejahen. Bei dem angefochtenen Beschluß handelt es sich um eine Entsch. nach § 10 RErbhofG. Diese Entsch. hätte der Sohn Hermann L. gem. § 61 der 1. DurchfVO. betreiben können, da er als der älteste Sohn seines Vaters als Anerbe des Grundbesitzes in Frage kommt und deshalb ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Erbhofeigenschaft hat. Dieses rechtliche Interesse entfällt nicht deshalb, weil er durch den Übergabevertrag von seinem Vater bereits einen Erbhof erhalten hat; denn nach § 22 Abs. 2 RErbhofG. könnte er beim Tode seines Vaters dem AnerbG. erklären, daß er den angefallenen Hof übernehme. Er hat also, obwohl er bereits einen Erbhof hat, nach wie vor ein Interesse daran, feststellen zu lassen, ob der väterliche Grundbesitz auch Erbhofeigenschaft hat. Ist er aber nach § 61 der 1. DurchfVO. antragsberechtigt, so kann er sich jederzeit einem Verfahren nach § 10 RErbhofG. anschließen und kann diese Anschließung auch im Wege der Beschwerde vollziehen. Die eingelegte Beschwerde ist auch rechtzeitig, da die Zustellung an den Eigentümer und den Kreisbauernführer am 30. April erfolgt und die Beschwerde bereits am 9. Mai 1934 eingegangen ist.

Sachlich konnte die Beschwerde keinen Erfolg haben. Wie sich aus dem Übergabevertrag, dem Inhalte des Grundbuches und der eingeholten Auskunft des Katasteramtes ergibt, gehören zu dem Grundbesitze, der dem Vater als Eigentum verblieben ist, keinerlei Wohn- oder Wirtschaftsgebäude mehr. Ein Erbhof setzt aber, wie das LErbhGer. in ständiger Praxis entschieden hat, eine Hofstelle voraus. Da diese fehlt, kann der Grundbesitz des Hermann L. sen. kein Erbhof sein. Daß Hermann L. sen. ein Nutzungsrecht an den Gebäuden seines Sohnes hat, ist unerheblich; denn dadurch wird das Erfordernis einer Hofesstelle nicht erfüllt. Infolgedessen ist die Erbhofeigenschaft des Grundbesitzes mit Recht verneint worden. Diese Entsch. liegt auch im Interesse des BeschwF., da jetzt die Möglichkeit besteht, daß der Vater die ihm verbliebene Hälfte des ursprünglich ungeteilten Hofes dem BeschwF. vermacht, was unmöglich sein würde, wenn der väterliche Grundbesitz ebenfalls Erbhofeigenschaft hätte (vgl. § 22 RErbhofG.).

(LErbhGer. Celle, 3. Sen., Beschl. v. 16. Aug. 1934, 3 EH 611/34.)
[—n.]

*

4. § 64 Abs. 3 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG.; § 20 RFGG.

1. Die Bildung mehrerer Erbhöfe durch Teilung eines bestehenden Erbhofs setzt das Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht voraus; jedoch ist unbegründeten Anträgen die Genehmigung zu versagen.

2. Die Teilung eines Erbhofs ist gerechtfertigt, wenn auf dem Grundbesitz eine Hofesstelle und eine Nebenstelle errichtet sind, die sich, falls die Teilung nicht durchgeführt würde, angemessen nicht verwerten ließen.

3. Gegen den Beschluß des AnerbG., der die Teilung eines Erbhofs genehmigt, kann der nächstberufene Anerbe Beschwerde einlegen. †)

Der Bauer Diedrich H. in Wr., 64 Jahre alt, ist Eigentümer eines Erbhofes, welcher rund 28 ha groß ist und einen Einheitswert von 63 000 *RM* hat. Aus seiner Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen, nämlich ein Sohn, Eibe H., welcher 22 Jahre alt ist und seinerseits drei Kinder, darunter zwei Söhne, hat, und eine Tochter, Luise, 30 Jahre alt, welche noch unverlobt und von ihrer frühesten Jugend an auf dem Hof ihres Vaters tätig gewesen ist.

Der Eigentümer H. hat i. J. 1928 auf seinem Hofe mit einem Kostenaufwande von 14 000 *RM* eine Nebenstelle errichtet, die aus einem Wohnhause und einer Scheune besteht und welche z. Z. von seinem Sohne bewohnt wird. Er beabsichtigt, seinen Hof in der Weise zu teilen, daß sein Sohn diese Nebenstelle mit etwa der Hälfte des Landes erhält und daß er selber die alte Hofstelle mit der anderen Hälfte Land weiter bewirtschaftet.

H. hat beim AnerbG. in D. den Antrag gestellt, die Teilung seines Hofes in zwei Erbhöfe etwa gleichen Umfanges und gleicher Belastung zu genehmigen. Das AnerbG. in D. hat durch Beschl. v. 30. Jan. 1934 die Teilung antragsgemäß anerbengerichtlich genehmigt und die Kosten des Verfahrens dem Eigentümer auferlegt.

Gegen diesen Beschluß hat der Sohn Eibe H. als zukünftiger Anerbe Beschw. eingelegt und zur Begr. ausgeführt, daß, wenn die Teilung durchgeführt würde, die Wirtschaftsgebäude der alten Hofstelle zu groß und die Gebäude der neuen Hofstelle zu klein sein würden. Infolgedessen sei die Teilung von großem Schaden für den Erbhof. Richtiger sei es, die ganze Stelle ungeteilt zu erhalten, die Tochter abzufinden und die Nebenstelle als Altenteilswohnung einzurichten.

Die Beschw. ist zulässig. Eibe H. ist als einziger Sohn der berufene Anerbe des gesamten Erbhofes. Wenn dieser Erbhof nunmehr in zwei Erbhöfe geteilt wird, so wird sein Anwartschaftsrecht auf die ganze Hofstelle in seinem Bestande beeinträchtigt, weil er gem. § 22 RErbhofG. nur einen von den beiden Erbhöfen erhalten kann. Diese Beeinträchtigung erfolgt im Gegensatz zu dem Fall, daß ein Teil des Grundbesitzes *veräußert* wird, unmittelbar; seine Anwartschaft auf den gesamten Erbhof vermindert sich bei Genehmigung der Teilung unmittelbar um den zweiten Erbhof. Infolgedessen ist er gegen eine solche Beeinträchtigung seines Anwartschaftsrechtes, das zwar kein subjektives Recht darstellt, ihm jedoch eine rechtsähnliche Stellung gibt, durch die Verleihung des Beschwerderechtes zu schützen.

Sachlich konnte die Beschw. jedoch in der Hauptsache keinen Erfolg haben. Nach § 64 Abs. 3 der 1. DurchfVO. zum RErbhofG. bedarf die Bildung mehrerer Erbhöfe durch Teilung eines bestehenden Erbhofes der Genehmigung des AnerbG. Das Gesetz verlangt nicht, daß ein wichtiger Grund für die Teilung vorliegt; jedoch wird unbegründeten Anträgen die Genehmigung zu versagen sein. Im vorl. Falle scheint die Teilung gerechtfertigt. Denn wie sich aus den überreichten Skizzen ergibt, werden die Ländereien, wenn die Teilung durchgeführt wird, günstig zu der Stelle liegen, von der aus sie in Zukunft bewirtschaftet werden sollen. Ihre Bewirtschaftung wird also rentabel und zweckmäßig gestaltet. Die Ländereien reichen auch aus, um zwei lebensfähige Erbhöfe zu gewährleisten. Es handelt sich um etwa 112 Morgen guten Marschbodens mit einem Einheitswerte von 63 000 *RM*, von denen zu jeder der beiden neuen Stellen etwa die Hälfte gehören wird. Außerdem erscheint die Teilung deshalb notwendig, weil nur auf diese Weise die i. J. 1928 errichtete Nebenstelle angemessen verwertet werden kann. Diese Nebenstelle kommt als

---

Zu 4. Der Entsch. ist zuzustimmen.

1. Die Teilung von Grundbesitz, dem bereits Erbhofeigenschaft zukommt, bemißt sich nicht nach § 4 RErbhofG., sondern allein nach § 64 Abs. 3 Satz 1 der 1. DurchfVO. (vgl. LErbhGer. Celle, Beschl. v. 28. Febr. 1934, ErbhofRpr. § 4 Nr. 1).

Wie das LErbhGer. mit Recht hervorhebt, ist die Teilung nicht an das Vorliegen wichtiger Gründe geknüpft; das Gesetz unterstellt den Vorgang lediglich der Kontrolle der Anerbenbehörden, die ihre Entsch. ganz den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls anzupassen vermögen und die Genehmigung jedenfalls nur bei stichhaltigem Grunde erteilen werden.

Das Ziel, das der Agrargesetzgebung des Dritten Reiches vorschwebt, „eine gesunde Verteilung der landwirtschaftlichen Besitzgrößen" und „eine große Anzahl lebensfähiger kleiner und mittlerer Bauerngüter, möglichst gleich-

Altenteilswohnung, wie der BeschwF. meint, nicht in Frage; dafür ist sie viel zu groß. Sie ist nämlich mit einem Kostenaufwande von etwa 14 000 RM errichtet und enthält 2 Stuben, 2 Kammern, 1 kleine Kammer, 1 Küche und 1 Keller. Wie der Anerbenrichter Sp. sagt, sind im Lande Wursten Altenteilerwohnungen auch nur vereinzelt üblich. Im übrigen sagt der Eigentümer auch, daß er nicht die Absicht habe, aufs Altenteil zu gehen, sondern daß er bis zu seinem Lebensende weiter arbeiten wolle. Kommt hiernach die Nebenstelle als Altenteilerwohnung nicht in Frage, so würde der Hof, falls die Teilung nicht vorgenommen würde, zwei Hofstellen haben, die sich beide angemessen nicht verwerten ließen.

Auch die Tatsache, daß die Tochter des H., die nach seinem Tode den elterlichen Erbhof erhalten soll, noch unverheiratet und unverlobt ist, kann als Gegengrund gegen die beabsichtigte Teilung nicht angeführt werden. Denn wie sich aus der letzten Äußerung des Kreisbauernführers ergibt, besteht die begründete Aussicht, daß sie sich in absehbarer Zeit mit einem Jungbauern verheiratet. Selbst wenn das nicht der Fall sein sollte oder wenn ihre Ehe kinderlos bleiben sollte, könnte daran die Teilung des Erbhofes nicht scheitern. Denn, wenn die Tochter kinderlos verstirbt, fällt der Hof nach gesetzlicher Regelung an eines der Kinder des Sohnes Eibe H. Da dieser bislang drei Kinder, darunter zwei Söhne hat, würden beide Erbhöfe in der Familie H. verbleiben.

Hiernach ist die Beschw. des Sohnes Eibe H. nicht begründet. Jedoch mußte in dem entscheidenden Teil klargestellt werden, welche Grundstücke zu dem einen und welche zu dem anderen Erbhof in Zukunft gehören sollen. Ferner erscheint der Einwand des BeschwF., daß bei Durchführung der Teilung die Wirtschaftsgebäude der alten Hofstelle zu groß und die Gebäude der neuen Hofstelle zu klein sein würden, gerechtfertigt. Dieser Einwendung ist vom Eigentümer dadurch abzuhelfen, daß er von seiner Holzscheune auf dem Stammhof 10 Meter Länge abnimmt und auf der Nebenstelle auf seine Kosten wieder aufbaut und dort einen Vieh- und Pferdestall einrichtet. Er hat sich hierzu freiwillig bereit erklärt. Es erschien angemessen, die Vornahme der Arbeiten durch eine Auflage sicherzustellen und von der Erfüllung der Auflage die Entstehung der Erbhöfe abhängig zu machen. Eine weitere Überweisung von Vieh an den BeschwF. kam dagegen nicht in Frage, da der Eigentümer seinem Sohn, wie er glaubhaft darlegt, seinerzeit bei Errichtung der Nebenstelle bereits ausreichend Vieh zugewiesen hat. Wie die Lasten, die auf der Stelle ruhen und die sich auf 9000 RM belaufen sollen, auf die beiden Erbhöfe zu verteilen sind, wird in erster Linie von der Stellungnahme der Gläubiger abhängen. Infolgedessen konnte hiervon die Genehmigung nicht abhängig gemacht werden.

(LErbhGer. Celle, Beschl. v. 24. Aug. 1934, 3 EH 177/34.) [—n.]

*

Stuttgart

5. §§ 1, 2 RErbhofG. Die Wohnung für den Besitzer ist wesentlich für die Hofstelle. Ihr Fehlen führt zur Verneinung der Erbhofeigenschaft. †)

Vom Vorsitzenden des AnerbG. H. wurde in das gerichtliche Verzeichnis der Erbhöfe das Anwesen des Georg B. in G. aufgenommen. Zu diesem gehört das Wohnhaus und Brauereigebäude, verschiedene Nebengebäude und Hofraum Nr. 34, ein Wirtschaftsgebäude mit Nebengebäuden und Hofraum Nr. 34/1, eine Kegelbahn Nr. 34/2 und ein dazugehöriger Baumgarten im Meßgehalt von zusammen 58 ar 12 qm, ferner ein gegenüber diesen Gebäulichkeiten auf der andern Seite der Straße liegendes Ökonomiegebäude Nr. 23, das aus Stallgebäude, Scheuer mit Remise, Schuppenanbau und Hofraum im Meßgehalt von 54 ar 73 qm besteht, sowie landwirtschaftliche Grundstücke im Meßgehalt von rund 21 ha. Für das ganze Anwesen ist nur eine Wohnung in dem Gebäude Nr. 34 vorhanden.

B. hat gegen die Aufnahme des Anwesens in das Verzeichnis beim AnerbG. Einspruch eingelegt, der jedoch keinen Erfolg hatte.

Der Beschluß des AnerbG. anerkennt zwar, daß der Gewerbebetrieb des B. den Betrieb der Landwirtschaft um ein Vielfaches übersteige, da das Gewerbe mit 168 000 RM, die Landwirtschaft dagegen nur mit 26 500 RM zur Vermögensteuer veranlagt sei. Jedoch sei das vor wenigen Jahren erstellte Stall- und Scheunengebäude über der Straße so stattlich und umfangreich, daß es für den Betrieb der Landwirtschaft als ausreichende Grundlage und damit als Hofstelle angesehen werden könne. In dem Ökonomiegebäude könne ohne allzu großen Geldaufwand eine angemessene Familienwohnung für den Inhaber des landwirtschaftlichen Unternehmens geschaffen werden, wenn auch bisher in dem Gebäude nur landwirtschaftliche Dienstboten untergebracht und auch keine zu einer Beheizung erforderlichen Kamine vorhanden seien. Gegen den Beschluß hat B. sofortige Beschw. erhoben, die auch Erfolg hatte.

Zur Begr. ließ er vortragen, es handle sich um eine mittelgroße ländliche Brauerei, Mälzerei und Gastwirtschaft mit landwirtschaftlichem Nebenbetrieb. Außer den 5 Pferden halte der BeschwF. 28—30 Stück Rindvieh. Bei einem rein landwirtschaftlichen Betrieb von dieser Größe wären nur 2—3 Pferde und 18—20 Stück Rindvieh angemessen. Der hohe Viehbestand habe darin seinen Grund, daß die Tiere zu einem großen Teil mit den Abfällen des Brauereibetriebs gefüttert werden. Zu einer ländlichen Brauerei gehöre als notwendige Ergänzung eine Landwirtschaft. Eine Trennung des Brauereibetriebs und der Landwirtschaft sei deshalb nicht möglich. Selbst wenn aber diese Möglichkeit bejaht würde, so würde es an einer Wohnung für den Besitzer des landwirtschaftlichen Betriebs und damit an einer Hofstelle fehlen, was der Annahme, daß der landwirtschaftliche Besitz ein Erbhof sei, im Wege stehen würde.

Das RErbhofG. setzt voraus, daß der Erbhof von einer Hofstelle aus bewirtschaftet wird (vgl. §§ 3 Abs. 2, 7, 42 Abs. 1, 54 RErbhofG.). Hofstelle ist eine mit Wohn- und Wirtschaftsgebäuden bebaute Fläche, von der aus die Bewirtschaftung erfolgt. Dem Gesetz ist nicht Genüge getan, wenn die Bewirtschaftung der Grundstücke von einer gepachteten oder gemieteten Hofstelle aus erfolgt, noch weniger, wenn die für die Bejahung des Vorhandenseins einer Hofstelle wesentliche Wohnung für den Besitzer des Anwesens überhaupt nicht vorhanden ist. Daß die Wohnung im eigenen Haus bei einer Hofstelle niemals fehlen kann,

---

mäßig über das ganze Land verteilt" (vgl. Vorspruch zum RErbhofG., Abs. 3), wird auch den im Verfahren nach § 64 Abs. 3 Satz 1 der 1. DurchfVO. angerufenen Anerbenbehörden vor Augen schweben müssen.

II. Bei dem hier mitgeteilten Sachverhalt haben die Anerbenbehörden nach sorgfältiger Abwägung des Für und Wider mit guten Gründen der Teilung zugestimmt. Wenn die Anerbenbehörden im übrigen durch konkrete Teilungsanordnungen (Aufzählung der zu den Erbhöfen künftig gehörenden Grundstücke) und Auflagen auf die möglichst zweckmäßige praktische Gestaltung der Teilung im einzelnen Einfluß nehmen, so verdient dieses Verfahren gegenüber einer rein rechtlichen Entscheidung (Erteilung oder Versagung der Genehmigung zum Teilungsantrag) zweifellos den Vorzug.

Mit Recht ist ferner die Verwertung der Nebenstelle als Altenteilswohnung abgelehnt worden; kann eine Teilung selbst in Fällen in Frage kommen, in denen erst eine weitere Hofstelle errichtet werden muß (vgl. ErbhGer. Oldenburg, Beschl. v. 4. Juni 1934, ErbhofRspr. § 64 Abs. 3 Nr. 1 1. DurchfVO.), so muß sie erst recht dann möglich sein, wenn eine bereits vorhandene Nebenstelle gerade dadurch wirtschaftlich am zweckmäßigsten ausgenutzt werden kann, daß sie als selbständige Hofstelle Verwendung findet.

III. Die Beschwerdeberechtigung des Anerben ist zutreffend bejaht (§§ 46, 48 RErbhofG.; § 11 der 1. DurchfVO.; § 20 FGG.; § 7 der 3. DurchfVO.; §§ 19, 22 Abs. 1 Satz 1 RErbhofG.).

AGR. Dr. Albert Weh, Berlin.

Zu 5. Der Beschluß ist richtig und ist auch gut begründet. Das Gericht untersucht nacheinander die beiden wesentlichen Fragen, ob im Falle einer möglichen Trennung des landwirtschaftlichen vom gewerblichen Betriebe der erstere Erbhof ist, und ob, wenn eine Trennung nicht möglich ist, der ganze Betrieb als Erbhof betrachtet werden kann. In bezug auf die letztere Frage kann man nunmehr wohl von einer überwiegend h. M. sprechen, die dahin geht, daß bei nicht trennbaren gemischten Betrieben die Erbhofeigenschaft zu verneinen ist, wenn der gewerbliche Betrieb überwiegt (s. insbes. Vogels-Hopp, RSpr. in Erbhofsachen zu § 1 Abs. 1 RErbhofG. Nr. 1, 2, 5, 7, 8, 10, 14—17). Daß die Frage der Trennungsmöglichkeit gemischter Betriebe in einen gewerblichen Teil und einen Erbhof nur mit allergrößter Vorsicht behandelt werden darf, ist für jeden, der wirtschaftlich zu denken vermag, eine Selbstverständlichkeit (s. insbes. a. a. O. Nr. 1 Anm.). Das Gericht läßt hier mit Recht die Frage der Trennbarkeit offen, da es zu der Überzeugung kommt, daß auch im Falle der Trennung der landwirtschaftliche Teil des gemischten Betriebes mangels einer Wohnung für den Bauern keinen Erbhof bilden würde. Der Sachverhalt rechtfertigt diese Überzeugung durchaus. Das RErbhofG. stellt zwar nirgends das Erfordernis einer Hofstelle für den Erbhof ausdrücklich auf, setzt aber eine solche an verschiedenen Stellen als selbstverständlich voraus. Eine ernstliche Meinungsverschiedenheit hierüber hat daher in Wissenschaft und Rspr. nie bestanden. Die Frage nun, ob neben den — hier ausreichend vorhandenen — Wirtschaftsgebäulichkeiten auch eine Wohnung für den Bauern ein wesentliches Erfordernis der Hofstelle sei, wird, soweit ersichtlich, in dieser Entsch. zum ersten Male behandelt und zutreffend gelöst. Die Wohnung des Bauern ist gleich-

ergibt sich schon aus dem im RErbhofG. den weichenden Erben eingeräumten Heimatszufluchtsrecht (vgl. auch Vogels zu § 2 RErbhofG. II S. 58; Wöhrmann S. 5—6). Unerheblich ist, ob eine Wohnung in dem Ökonomiegebäude geschaffen werden könnte. Denn maßgebend für die Frage, ob ein Anwesen Erbhof geworden ist, waren zunächst die Verhältnisse z. Z. des Inkrafttretens des RErbhofG. Es kommt in erster Linie deshalb darauf an, ob die Voraussetzungen für die Entstehung des Erbhofs damals vorlagen. U. U. würde es auch genügen, wenn sie in der Zwischenzeit bis zur Entsch. über die Erbhofeigenschaft eingetreten wären. Eine besondere Wohnung für den Besitzer des landwirtschaftlichen Anwesens ist aber bis heute nicht vorhanden. Im übrigen ist es keineswegs so, daß eine Wohnung in dem Ökonomiegebäude mit geringen Aufwendungen eingebaut werden könnte. Der Aufbau auf das Ökonomiegebäude, in dem keine Heizung vorhanden ist, nicht einmal Kamine eingebaut sind, auch kein Keller vorhanden ist, würde erhebliche Kosten verursachen. Es könnte sich also bloß darum handeln, ob nicht das ganze Anwesen als Erbhof anzusehen wäre. Dies wäre nur der Fall, wenn die Brauerei lediglich einen Nebenbetrieb der Landwirtschaft darstellen würde, oder, falls ein gemischter Betrieb vorliegt, der Hauptzweck des ganzen Betriebs die Landwirtschaft wäre (vgl. Vogels zu § 1 RErbhofG. II Ziff. 1 b). Diesem Standpunkt hat sich auch das ErbhGer. Nürnberg in seinen Entsch.: JW. 1934, 1671[3] und 1672[4] angeschlossen.

Davon, daß die Brauerei ein Nebenbetrieb der Landwirtschaft sei, kann schon deshalb keine Rede sein, weil in der Landwirtschaft des BeschwF., was auch der Kreisbauernführer bestätigt, nur etwa 150—180 Zentner Gerste erzeugt werden, während der Verbrauch an Gerste in der Brauerei ungefähr 6000 Zentner ausmacht. Als Nebenbetrieb der Landwirtschaft kommt aber eine gewerbliche Anlage, die ihr Rohmaterial vorwiegend nicht aus dem landwirtschaftlichen Betrieb, sondern durch Ankauf sich beschafft, nicht in Betracht (vgl. Vogels a. a. O. und die daselbst angeführte Literatur und Rspr.).

Der Betrieb des BeschwF. ist daher ein gemischter Betrieb, bei welchem aber der gewerbliche Betrieb der weit überwiegende ist. Infolgedessen ist für die Beurteilung des ganzen Anwesens der gewerbliche Charakter maßgebend. Das Anwesen ist kein Erbhof, obwohl die vorhandenen landwirtschaftlichen Grundstücke eine reichliche Ackernahrung darstellen.

(ErbhGer. b. OLG. Stuttgart, Beschl. v. 23. Juli 1934, E Nr. 74/34.)
[S.]

Kiel — Erbgesundheitsobergericht

1. § 1 Abs. 2 Ziff. 2 Ges. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses. Die paraphrene Psychose ist ein Fall der Schizophrenie. Paranoia und Schizophrenie.

Das ErbgesObGer. ist zu der Überzeugung gelangt, daß es sich bei der Erbkranken um einen Fall der Schizophrenie gem. § 1 UnfrG. v. 14. Juli 1933 handelt. Die Erbkranke hat nämlich schon vom Jahre 1925 ab den Eindruck, daß sie von ihren Kolleginnen verfolgt würde; deshalb ging sie nach E. Aber auch hier glaubte sie die Nachstellungen ihrer Feindinnen zu spüren, und ganz besonders schlimm wurde ihr nach ihrer Meinung in F. zugesetzt. Sie meinte, daß sie in jeder Weise bekämpft, verleumdet und angegriffen werde, und daß man versuche, sie aus dem Wege zu schaffen mittels vergifteten Tees oder Kuchens, und daß man mit elektrischen Strahlen und in anderer Weise auch körperlich auf sie einwirke. Sie meinte, daß ein ganzes Komplott vieler Menschen gegen sie bestehe, und sie ist auch heute noch der Meinung, daß ihr tatsächlich vom Jahre 1925 ab dauernd nachgestellt worden sei und nachgestellt werde; jetzt allerdings nehme sie diese Nachstellungen nicht mehr für ernst, auch wenn die Leute jetzt noch, wie es öfters vorkomme, ihr auf der Straße etwas, namentlich Schimpfworte, nachriefen. Der Vertreter der Erbkranken hat zwar darauf hingewiesen, daß das Gutachten der Universitäts-Nervenklinik dahin gehe, daß eine paraphrene Psychose und keine echte Schizophrenie bei der Erbkranken vorliege. Das ErbgesObGer. kann diesem Gutachten insoweit nicht folgen, als es zwischen der paraphrenen Psychose und der Schizophrenie unterscheidet. Nach der in der Medizin heute herrschenden Ansicht, der sich auch das ErbgesObGer. anschließt, ist die paraphrene Psychose ein Fall der Schizophrenie. Diese greift die paraphrene Psychose in sich. Zweifelhaft könnte höchstens sein, ob nicht Schizophrenie, sondern Paranoia, welche nicht unter das UnfrG. fällt, vorliegt. Das hat das ErbgesObGer. jedoch abgelehnt. Die Wahnbildungen der Erbkranken sind so absurd, daß, obwohl ein Verfall der Persönlichkeit nicht vorliegt, eine Paranoia nicht angenommen werden kann. Deshalb erübrigte es sich auch, eine erneute längere Untersuchung der Erbkranken in einer Klinik anzuordnen, wie es der Vertreter der Erbkranken beantragt hat.

(ErbgesObGer. Kiel, Beschl. v. 4. Sept. 1934, WErb 30/34.)

Ber. von OLGR. Dr. Grunau, Kiel.

*

2. §§ 9, 8, 2 Ges. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses; § 104 BGB. Ist es zweifelhaft, ob der Erbkranke geschäftsfähig und ob daher nur er selbst oder der ihm bestellte Pfleger beschwerdeberechtigt ist, so ist im Interesse der Beschleunigung des Verfahrens die Beschwerde als zulässig zu betrachten, wenn das sachliche Ergebnis feststeht.

Das ErbgesGer. in F. hat beschlossen, daß der Arbeiter Heinrich T. wegen angeborenen Schwachsinns unfruchtbar zu machen ist. Nach Erlaß jenes Beschlusses hat die Mutter des Erbkranken innerhalb der Beschwerdefrist Beschw. eingelegt. Sie ist alsdann gem. § 1910 BGB. zur Pflegerin im Unfruchtbarmachungsverfahren für ihren Sohn bestellt worden und hat als solche nochmals — nach Ablauf der Beschwerdefrist — Beschw. eingelegt und um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Beschwerdefrist gebeten. Sie hat zugegeben, daß ihr Sohn angeboren schwachsinnig sei; sie meint jedoch, er werde die Operation nicht überstehen. Im Beschwerdeverfahren hat dann auch, nachdem früher der Antrag auf Unfruchtbarmachung von dem Erbkranken selbst gestellt worden war, noch der Kreisarzt die Unfruchtbarmachung beantragt.

Die Beschw. der Pflegerin Heinrich T.s konnte keinen Erfolg haben. Als zulässig ist sie angesehen worden. An sich zwar ist nach § 9 UnfrG. der Pfleger zur Einlegung der Beschw. nur dann berechtigt, wenn der Pflegling nicht selbst beschwerdeberechtigt, d. h. wenn er geschäftsunfähig ist. Ob er dies ist, ist zweifelhaft. Geschäftsunfähig ist nach § 104 Ziff. 2 BGB., wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach vorübergehend ist. Wenn das Gesetz hier von krankhafter Geistesstörung spricht, so ist dieser Ausdruck nicht im medizinischen Sinne zu verstehen; es umfaßt § 104 Ziff. 2 BGB. nicht nur Geisteskranke im medizinischen Sinne, sondern auch Geistesschwache i. S. der medizinischen Wissenschaft. Krankhafte Störung der Geistestätigkeit i. S. des § 104 Ziff. 2 BGB. kann ihren Grund nicht nur in Geisteskrankheit, sondern auch in Geistesschwäche haben. Beide sind nur im Grade voneinander verschieden (RG. 50, 203; JW. 1911, 179; Warn. 1909 Nr. 122; 1913 Nr. 78). Geisteskrankheit liegt vor, wenn der Erbkranke zur Besorgung seiner Angelegenheiten so unfähig ist, wie es Kinder unter sieben Jahren zu sein pflegen; Geistesschwäche liegt vor, wenn er dazu so wenig fähig ist, wie es junge Leute zwischen sieben und einundzwanzig Jahren zu sein pflegen (RG. 50, 203). Auf das Krankheitsbild kommt es nicht an; sowohl krankhafte Aufgeregtheit wie krankhafter Stumpfsinn können je nach ihrem Grade Geisteskrankheit oder Geistesschwäche sein. — Hier liegt medizinisch unzweifelhaft Schwachsinn vor. Die Unterlagen geben jedoch — wenn auch der Erbkranke selbst den Antrag vor dem Kreisarzt gestellt hat und nicht anzunehmen ist, daß der Amtsarzt von einem Geschäftsunfähigen solchen Antrag hat stellen lassen (vgl. auch Rundschr. d. RdJ. v. 19. Mai 1934, I Abs. 2: Deutsche Justiz 1934, 725) — kein klares Bild über seinen Grad, also darüber, ob juristisch Geisteskrankheit oder Geistesschwäche vorliegt, ob erstere so stark ist, daß sie die freie Willensbestimmung ausschließt,

---

zeitig Hirn und Herz des Erbhofs als eines lebendigen Organismus, ohne die er nicht denkbar ist. Sie ist die eigentliche Heimat des Geschlechtes, die Zuflucht der Familie bei Nacht, Unwetter und während des langen Winters. Deswegen kann sie auch nicht gemietet oder gepachtet sein oder von den Wirtschaftsgebäuden und Äckern allzu weit entfernt liegen. Wer den Sinn des Bauerntums erfaßt hat, kann hierüber gar nicht im Zweifel sein. Im vorl. Falle ist nun allerdings eine Wohnung in nächster Nähe der Wirtschaftsgebäude vorhanden. Sie kann aber hier nicht in Frage kommen, da sie sich im Brauereigebäude befindet und angesichts des Überwiegens des gewerblichen Betriebes ein Erbhof nur durch Trennung beider Betriebe geschaffen werden könnte. Eine solche Trennung muß aber die Möglichkeit schaffen, den Gewerbebetrieb für sich zu veräußern. Würde das geschehen, so hätte der Hof keine Wohnung mehr. Er kann also nicht Erbhof sein. Man wird aus diesem Fall und dieser Entsch. die Lehre ziehen, daß bei gemischten Betrieben, in denen der gewerbliche Teil überwiegt, eine Trennung der Betriebe nur dann möglich ist und ein Erbhof nur dann vorliegt, wenn entweder jeder Betriebsteil eine eigene Wohnung hat oder die vorhandene einzige Wohnung ganz unzweifelhaft zu dem landwirtschaftlichen Betriebsteil gehört. Das letztere dürfte aber fast nie der Fall sein, weil der gewerbliche Teil regelmäßig in viel stärkerem Maße auf Gebäude angewiesen ist, in denen sich dann auch meist die Wohnung befindet.

Notar Schieck, Markt Grasing b. München.

und ob demnach der Erbkranke selbst beschwerdeberechtigt ist oder nicht. Das ErbgesObGer. hat es nicht für gesetzesgemäß gehalten, zur Prüfung dieser Fragen eine — naturgemäß länger dauernde — Untersuchung des Erbkranken anzuordnen. Dem wesentlichen Grundsatze des Verfahrensrechts, nämlich dem beschleunigten Schutze der Allgemeinheit, mußten theoretische Bedenken weichen, zumal ein Schaden durch Zulassung einer vielleicht unzulässigen Beschw. nicht entstehen kann; sicherlich dann nicht, wenn sie unbegründet ist; aber noch weniger, wenn sie begründet ist, d. h. die Unfruchtbarmachung abgelehnt werden muß; denn in solchem Falle hat das unzulässige Beschwerdeverfahren nur das Aufnahmeverfahren gem. § 12 Abs. 2 UnfrG. vorweggenommen.

Wird zugunsten des Erbkranken seine Geschäftsunfähigkeit unterstellt, so hat die Notfrist des § 9 UnfrG. mit der Zustellung des Beschlusses des ErbgesGer. an ihn noch nicht zu laufen begonnen, die Beschw. seiner Pflegerin, die zur Einlegung der Beschw. dann als seine gesetzliche Vertreterin berechtigt ist, ist dann jedenfalls rechtzeitig, so daß es einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht bedarf.

(ErbgesObGer. Kiel, Beschl. v. 4. Sept. 1934, W Erb 6/34.)
Ber. von OLGR. Dr. Grunau, Kiel.

Bayerisches Oberstes Landesgericht

Berichtet von Oberstlandesgerichtsrat Dr. Höllbdorfer und Rechtsanwalt Dr. Wilhelm Dieß, München

Strafsachen

1. §§ 2 Abs. 2, 366 Nr. 1 StGB.; BayVO. über die Feier der Sonn- und Festtage v. 21. Mai 1897.

a) § 2 Abs. 2 StGB. findet dann keine Anwendung, wenn zwar die ein Blankettgesetz füllende Norm aufgehoben oder geändert wird, die Strafsatzung des Blankettgesetzes aber unverändert bleibt.

b) Zum Begriff der „Treibjagd".

Zu a. Durch § 3 der auf Grund des § 366 Nr. 1 StGB., Art. 2 Nr. 5 PStGB. erlassenen BayVO. über die Feier der Sonn- und Festtage v. 21. Mai 1897 u. 14. März 1924 (GVBl. 1897, 197; 1924, 76) wurde die Abhaltung von Treibjagden an Sonn- und Feiertagen verboten. Diese Bestimmung war in Kraft z. Z. der Begehung der den Angekl. zur Last gelegten Tat. Inzwischen ist, und zwar am 17. März 1934, also vor der Aburteilung der Tat in erster Instanz, die auf Grund des § 7 RGes. über die Feiertage v. 27. Febr. 1934 (RGBl. I, 129) erlassene ReichsVO. über den Schutz der Sonn- und Feiertage v. 16. März 1934 (RGBl. I, 199) in Kraft getreten. Nach § 4 Abs. 1 Nr. 3 dieser VO. sind Hetz- und Treibjagden auf Wild während der ortsüblichen Zeit des Hauptgottesdienstes verboten, sofern hierdurch der Gottesdienst unmittelbar gestört wird. In § 9 ist bestimmt, daß entgegenstehende landesrechtliche Vorschriften über den Schutz der Sonn- und Feiertage mit dem Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser VO. außer Kraft treten. Die neuen Bestimmungen der ReichsVO. enthalten insofern eine Änderung, und zwar eine Milderung gegenüber den Bestimmungen der BayVO., als Treibjagden nicht mehr an Sonn- und Feiertagen schlechtweg, sondern an solchen Tagen nur noch während der ortsüblichen Zeit des Hauptgottesdienstes und unter der Voraussetzung, daß hierdurch der Gottesdienst unmittelbar gestört wird, verboten sind. Gleichwohl kann im vorl. Falle § 2 Abs. 2 StGB., wonach bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung das mildeste Gesetz anzuwenden ist, nicht Platz greifen. Die Strafsatzung für die Zuwiderhandlungen sowohl gegen die BayVO. als auch gegen die ReichsVO. ist § 366 Nr. 1 StGB., wonach bestraft wird, wer den gegen die Störung der Sonn- und Festtage erlassenen Anordnungen zuwiderhandelt. Diese Blankettbestimmung, die die Strafsatzung enthält, ist also unverändert geblieben; eine Änderung ist nur bei der diese ausfüllenden Strafnorm eingetreten. Nach ständ. Rspr des RG. (vgl. RGSt. 46, 307; 49, 413), das die ein eigentliches Blankettgesetz ausfüllende Norm als Teil des Strafgesetzes überhaupt nicht erachtet, wie nach ständ. Rspr. des BayObLG. (vgl. zuletzt BayObLG. 32, 178, 185), das die das Blankettgesetz ausfüllende Norm zwar im übrigen für einen Teil des Strafgesetzes hält, aber als Strafgesetz i. S. des § 2 Abs. 2 StGB. nur die Strafsatzung ansieht, ist eine Anwendung des § 2 Abs. 2 dann ausgeschlossen, wenn nur die das Blankettgesetz ausfüllende Norm aufgehoben oder geändert wird, während die Strafsatzung des Blankettgesetzes unverändert bleibt. An dieser Rspr. hält der Senat fest. Hiernach ist eine rückwirkende Anwendung der VO. v. 16. März 1934 auf den vorl. Fall nicht möglich; der Erstrichter hat mit Recht die BayVO. v. 21. Mai 1897 u. 14. März 1924 angewendet.

Zu b. Nach der — nach einigem Schwanken — nunmehr feststehenden Rspr. des BayObLG. (vgl. zuletzt BayObLG. 10, 188; 12, 300; Urt. v. 4. Aug. 1925, RevReg. II 208/25; v. 3. Mai 1926, RevReg. II 148/26; v. 7. Mai 1926, RevReg. I 205/26) ist unter Treibjagd i. S. der VO. v. 21. Mai 1897 u. 14. März 1924 nicht nur eine regelrechte Treibjagd im engsten weidmännischen Sinne zu verstehen, bei der eine große Anzahl von Personen (Schützen und Treiber) sich beteiligt und bei der durch die Anzahl der Treiber und durch die Art ihrer Tätigkeit die überwiegende Mehrzahl des in dem abzujagenden Bezirk von erheblichem Umfang vorhandenen Wildes den in mehr oder weniger dichten Linien aufgestellten Schützen zugetrieben wird, damit es in größeren Mengen erlegt werden kann, sondern auch jede Jagd, bei der eine größere Anzahl von Jägern und Treibern sich beteiligt und bei der die Treiber Lärm verursachen, um das Wild aufzuscheuchen, an der willkürlichen Fortbewegung zu verhindern und zum Anlauf bei den Schützen zu veranlassen. Ob eine Treibjagd insbes. in letzterem landläufigen Sinne vorliegt, ist mangels einer Bestimmung der VO. über die Zahl der Teilnehmer und über den Grad des Lärmes je nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden. Dabei ist zu berücksichtigen, daß § 3 der VO. nicht eine jagdpolizeiliche Vorschrift darstellt, sondern der Störung der äußeren Ruhe des Sonn- und Festtages entgegentreten und verbieten will, daß die Ausübung der Jagd durch Jäger und Treiber an Sonn- und Festtagen einen größeren Personenkreis den religiösen Pflichten entfremdet, und daß eine derartige, profanen Zwecken dienende Ansammlung von Menschen, die schon durch die Art ihrer Bewegung sinnfällig wirkt, von den Unbeteiligten als Sonntagsentheiligung empfunden wird.

Der Senat hat keinen Anlaß, von dieser Rspr. abzugehen.

(BayObLG., 2. StrSen., Urt. v. 2. Juli 1934, RevReg. II 100/34.)
Ber. von Prof. Dr. Fr. Doerr, München.

*

2. § 2 Abs. 2 ZeugGebO. Nachweis der Erwerbseinbuße. Für die Gewährung von Zeugengebühren bedarf es bei Personen, deren Lebensverhältnisse und Erwerbstätigkeit die Annahme einer tatsächlich eingetretenen Erwerbseinbuße rechtfertigen, in der Regel nicht des sicheren Nachweises der Erwerbseinbuße.

Der BeschwF. bezieht als Versicherungsinspektor neben seinem Gehalte Provision aus den von ihm abgeschlossenen Versicherungsverträgen. Er hat geltend gemacht, daß ihm durch die Wahrnehmung des gerichtlichen Termines eine Provision von 10 *RM* für einen in Aussicht stehenden Vertragsabschluß mit einem gewissen L. entgangen sei, wofür er als Zeuge Ersatz verlange. Das LG. hat nach Vornahme von Erhebungen zu diesen Angaben die Gewährung einer Entschädigung mit der Begr. abgelehnt, daß der BeschwF. den Verdienstentgang nicht glaubhaft gemacht habe.

Nach § 2 Abs. 2 ZeugGebO. hat das Gericht nach freiem Ermessen unter Berücksichtigung der Lebensverhältnisse und der regelmäßigen Erwerbstätigkeit des Zeugen zu beurteilen, ob eine Erwerbsversäumnis stattgefunden hat. Diese Fassung der Best. läßt ersehen, daß bei Personen, deren Lebensverhältnisse und regelmäßige Erwerbstätigkeit die Annahme einer tatsächlich eingetretenen Erwerbseinbuße ohne weiteres rechtfertigen, der sichere Nachweis für eine solche Versäumnis in der Regel nicht zu verlangen ist, der Richter vielmehr in solchen Fällen regelmäßig auf Grund der von dem Zeugen gegebenen mündlichen Erläuterung nach seinem freiem Ermessen eine Entschädigung gewähren soll (vgl. Wegner, Deutsche ZeugGebO., 7. Aufl., Anm. 13 mit 16 zu § 2; ObLG. 7, 231; 27, 31/32). So hätte auch im gegebenen Falle verfahren werden sollen. Der BeschwF. bezieht zwar festes Gehalt, ist aber als Versicherungsinspektor sehr wesentlich auch auf den Bezug von Provisionen für abzuschließende Versicherungsverträge angewiesen. Es liegt doch sehr nahe, daß er nach etwaigem Mißlingen des gerade ins Auge gefaßten Vertrages — es steht übrigens nicht einmal ganz sicher fest, daß der Vertrag mit L. mißlungen wäre — sich sofort nach anderen Gelegenheiten zu Vertragsabschlüssen umgesehen hätte. Ein bestimmter Nachweis, daß er dabei Erfolg gehabt hätte, ist, wie schon hervorgehoben, nicht zu fordern.

Hiernach erscheint es gerechtfertigt, dem BeschwF. eine angemessene Entschädigung für Zeitversäumnis zu gewähren.

(BayObLG., FerStrSen., Beschl. v. 24. Juli 1934, BeschwReg. I, 581/34.)
Ber. von Prof. Dr. Fr. Doerr, München.

Oberlandesgerichte

Berlin

Zivilsachen

1. § 519 ZPO. Unzulässigkeit der Berufung bei Unklarheit über die mit der Berufung verfolgten Anträge, obwohl zunächst in vollem Umfange Berufung eingelegt und begründet worden war.

Die Ber. war wegen des Zahlungsanspruchs als unzulässig zu verwerfen, da den Erfordernissen des § 519 ZPO. nicht genügt

ist. In erster Instanz waren — außer Feststellungs- und Unterlassungsanspruch — zwei Zahlungsansprüche über 8000 und 175 RM in Streit. Der mit der ganzen Klage abgewiesene Kl. hat am 14. Febr. 1934 Ber. zunächst in vollem Umfange eingelegt.

Eine dem § 519 ZPO. entsprechende Begr. hat er am 5. März 1934, also innerhalb der Berufungsbegründungsfrist, eingereicht. Auch diese Begr. bezieht sich auf die gesamten Anträge. Erst nachdem durch Beschluß des Senats v. 17. März 1934 das Armenrechtsgesuch des Kl., desgleichen sein Antrag auf Verlängerung der Frist aus § 519 Abs. 6 ZPO. abgelehnt worden war, hat der Kl. am 4. April 1934 die Ber. auf vorläufig 300 RM beschränkt und entsprechenden Vorschuß eingezahlt. Mit Schriftsatz v. 10. April, eingegangen am 11. April 1934 hat er dann den Antrag auf Zahlung von 5000 RM und auf Unterlassung gestellt und auch hierfür noch fristgerecht den erforderlichen Prozeßkostenvorschuß eingezahlt.

In beiden Anträgen, sowohl dem Zahlungsantrag über nur 300 RM als auch in dem späteren Antrag ist nicht zum Ausdruck gebracht worden, auf welche der beiden Zahlungsansprüche sie sich beziehen, ob damit ein Teil des Auslagenerstattungsanspruchs von 8000 RM und ein Teil des anderen Zahlungsanspruchs von 175 RM — gegebenenfalls in welchem Verhältnis auf beide Ansprüche verteilt — oder ob nur eine Teilzahlung auf die Hauptforderung von 8000 RM geltend gemacht und der andere Zahlungsanspruch fallen gelassen werde. Auch in der mündlichen Verhandlung hat der Vortrag des Kl. hierüber keine Klarheit gebracht.

Bereits vor der Nov. v. 27. Okt. 1933 war aber die Bestimmtheit der Anträge erstes und unbedingtes Erfordernis der Zulässigkeit jeder Ber. Deren Ziel mußte aus der BerBegr. mit Sicherheit und Klarheit entnommen werden können. So hat das RG. (zu vgl. Entsch. v. 2. Nov. 1933: HöchstRRspr. 1934 Nr. 211) gerade in einem Falle, in dem Heilungskosten, Erwerbsausfall und Schmerzensgeld geltend gemacht waren, gerügt, daß in der Ber. nur ein Teilbetrag auf die ganze Summe gefordert wurde ohne Angabe, auf welche dieser rechtlich voneinander unabhängigen Ansprüche die Teilzahlung begehrt wurde, und hat die Ber. aus diesem Grunde als unzulässig bezeichnet.

Auch vorliegend ist durch die Einschränkung des Berufungsantrags auf zunächst 300 RM und die spätere Erhöhung auf einen Teilbetrag von 5000 RM das Ziel der Ber. in vollem Umfange ins ungewisse gestellt worden. Daß dies erst geschehen ist, obwohl ursprünglich die Ber., die zunächst unter Wiederholung der erstinstanzlichen Anträge, also uneingeschränkt, d. h. mit klarem Ziel, eingelegt worden war, in zulässiger Weise begründet worden ist, kann die Beurteilung nicht zugunsten des BerKl. ändern. Es kann keinen Unterschied machen, ob zunächst über das Ziel der Ber. die erforderlichen klaren Angaben gemacht, dann aber durch gegenteilige und einschränkende Erklärungen, durch Änderungen der Anträge dieses Ziel wieder verwischt und Ungewißheit darüber geschaffen wird, was der BerKl. mit dem Rechtsmittel bezweckt und welchen von mehreren Ansprüchen er noch verfolgen will. Ein derartiges Verfahren würde den jetzigen schärferen Vorschr. des § 519 ZPO. zuwiderlaufen und deren Zweck, durch die erforderliche Klarheit und Bestimmtheit in den Zielen des Rechtsmittelkl. den Prozeß einer beschleunigten Entsch. zuzuführen, vereiteln. Es kann dieserhalb auf die Entsch. des RG. v. 25. März 1934: JW. 1934, 1349[9] verwiesen werden, obwohl es sich in dieser Entsch. speziell darum handelt, mit welchen Gründen gegen das erste Urt. angekämpft werden soll.

Wenn auch naturgemäß einer Partei die Beschränkung von Anträgen im Laufe des Verfahrens — gleichviel aus welchen Gründen — und auch die demnächstige Erhöhung ihrer Anträge nicht verwehrt werden kann, so müssen die Anträge doch stets so eindeutig sein und bleiben, daß über das mit der Ber. verfolgte Ziel Zweifel nicht herrschen können.

Selbst wenn man nicht annimmt, daß in einem derart gelagerten Falle die zunächst in vollem Umfange eingelegte Ber. nur eine provisorische Maßnahme darstellen sollte, um die Rechte des BerKl. in prozessualer Hinsicht zu sichern und in Wahrheit nur die Grundlage für das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts in weitestem Umfange zu schaffen, so kann der BerKl. sich doch nicht auf die Tatsache einmal ordnungsmäßig eingelegter und begründeter Ber. stützen. Die von der Nov. v. 27. Okt. 1933 mit der Neufassung des § 519 ZPO. verfolgte Tendenz würde schlechthin vereitelt werden, wenn sie nur im Anfang der Instanz beachtet zu werden brauchte, dann aber der Form Genüge geschehen und nunmehr das weitere Prozedieren dem Belieben des BerKl. überlassen wäre. § 519 ZPO. enthält mehr als eine bloße Formvorschr. Er enthält zugleich die unbedingt innezuhaltende Richtschnur für das ganze Berufungsverfahren. Er hat das große Endziel im Auge, für eine rasche konzentrierte Durchführung des Rechtsstreits zu sorgen. Mit Recht weist das RG. in einem Beschl. v. 9. Mai 1934: JW. 1934, 1599[2] darauf hin, daß — mangels Bezeichnung der von der Ber. für unrichtig gehaltenen einzelnen Streitpunkte — sowohl Gerichte wie Gegner gezwungen würden, den ganzen Streitstoff zu berücksichtigen, daß sie dadurch mit unnötiger Arbeit belastet würden und sich demzufolge auf die entscheidenden Streitpunkte nicht rechtzeitig und sicher vorbereiten könnten. Dadurch werde die Verhandlung erschwert und die Gefahr der Vertagung gesteigert. Es würden also gerade die Schäden gefördert, denen eine gesunde Rechtspflege entgegentreten müsse.

Genau dieselben Erwägungen stehen im vorl. Falle der Zulässigkeit der Ber. entgegen. Infolge der wechselnden Anträge, von denen selbst jetzt nach durchgeführter Verhandlung noch nicht einmal ersichtlich ist, welche Ansprüche im einzelnen damit verfolgt werden sollen, besteht sogar im Zeitpunkt der Entsch. durch das Gericht noch völlige Unklarheit über das Ziel der Ber.

Daß hier zwei in ihrem Umfange so verschiedene Ansprüche nebeneinander stehen, daß der eine im Verhältnis zum anderen nur gering ist, kann für die Beurteilung mindestens so lange nicht von Bedeutung sein, als nicht bestimmte und ausreichende Anhaltspunkte dafür gegeben sind, daß der geringere Anspruch seiner Unerheblichkeit wegen nicht mehr weiter verfolgt werden soll. Das ist hier aber nicht der Fall. Vielmehr besteht der Kl. in seinem Schriftsatz v. 16. Mai 1934 noch ausdrücklich auf dem geringeren Anspruch, erhöht aber gleichzeitig die insoweit bereits bestehende Unklarheit noch dadurch, daß er von einem — angeblich anerkannten — Betrag von 125 RM spricht, während es sich bisher um 175 RM handelte.

Man braucht sich in einem solchen Falle nur zu vergegenwärtigen, daß das Gericht Zeugen nur betreffs des einen Anspruchs lädt in der Annahme, nur dieser solle noch weiter verfolgt werden, daß sich aber erst in der Verhandlung herausstellt, daß der Kl. gerade auf den anderen Anspruch geringeren Umfangs aus irgendwelchen Gründen entscheidenden Wert legt. Damit wäre ohne weiteres die Gefahr der Vertagung gegeben, die bei ordnungsmäßigem zielsicheren Vorgehen der Parteien vermieden worden wäre.

Der Vorwurf eines übertriebenen Formalismus wäre hier also nicht am Platze. Auch hierzu kann auf die zutreffenden Ausführungen des erwähnten Beschlusses des RG. verwiesen werden, daß selbst bei ganz einfach liegenden Fällen die ins einzelne gehende Anführung der Gründe verlangt werden müsse, wenn nicht statt Vereinfachung und Beschleunigung eine Erschwerung des Verfahrens eintreten solle. Auch würde eine derartige Unterscheidung — das gilt auch für den Fall nicht klarer Bezeichnung der verfolgten Ansprüche, wenn solche geringeren Umfangs mit hohen Ansprüchen zusammentreffen — dahin führen, daß für einfach liegende oder auch nur zu liegen scheinende Fälle die gesetzlichen Formvorschr. unbeachtet bleiben, also praktisch außer Kraft gesetzt werden und damit der vom Gesetz mit aller Schärfe erstrebte Zweck vereitelt wird.

Aus diesen Erwägungen heraus erachtet der Senat die Ber. wegen des Zahlungsanspruchs in Höhe von 5000 RM für unzulässig.

(KG., 20. ZivSen., Urt. v. 27. Juni 1934, 20 U 1319/34.)

*

2. § 13 Ziff. 3 RAGebO. Vergleich im gebührenrechtlichen Sinne nur, wenn Entsch. des Gerichts erspart werden soll.

Das LG. hat mit Recht die Vergleichsgebühr abgesetzt. Denn eine solche ist nicht entstanden. Die Parteien haben am 11. Mai 1934 sich außergerichtlich dahin geeinigt, daß die Bekl. sich zur Zahlung der mit der Klage geltend gemachten Mietsforderungen in Raten verpflichteten. Für den Fall der pünktlichen Einhaltung dieser Raten verzichtet der Kl. auf die Rechte aus den in dem Rechtsstreit zu erwartenden Versäumnisurteil, während die Bekl. bereits den Verzicht auf Einspruch gegen dieses Versäumnisurteil erklärten.

Daß hier eine im Wege des gegenseitigen Nachgebens getroffene Einigung vorliegt, kann zwar nicht in Zweifel gezogen werden. Gleichwohl handelt es sich dabei nicht um einen Vergleich i. S. des § 13 Ziff. 3 RAGebO. Ein solcher liegt nur dann vor, wenn die Vereinbarung nicht nur objektiv geeignet, sondern auch subjektiv nach dem Willen der Parteien bestimmt war, die — mindestens teilweise — Beilegung des Rechtsstreits zu bewirken — (grundsl. Entsch. 20 Wa 85/30 v. 24. April 1930 bei Gaedeke, Kostenrechtsprechung Nr. 50). Letztere Voraussetzung ist aber nur dann erfüllt, wenn das Abkommen bezweckt, den Streit und den geltend gemachten Anspruch — sei es in vollem Umfange, sei es teilweise — ohne richterliche Entscheidung zu beenden (vgl. grundsl. Entsch. 20 W 3964/32 v. 16. April 1932 bei Gaedeke, Kostenrechtsprechung Nr. 51). Deshalb hat der Senat in dieser Entsch. verneint, daß eine Vereinbarung der

Parteien über die Beschränkung des Streitstoffes auf bestimmte Klagegründe, Angriffs- oder Verteidigungsmittel für sich allein einen Vergleich i. S. des § 13 Ziff. 3 RAGebO. darstelle.

Vorliegend haben nun die Parteien ihr Abkommen nicht geschlossen, um einen Rechtsstreit ohne gerichtliche Entsch. zu beenden, vielmehr ausdrücklich eine solche vorgesehen und in den Kreis ihrer Vereinbarungen einbezogen. Dieser Vergleich sollte und brauchte mithin nach dem Willen der Parteien in dem Rechtsstreit selbst gar nicht in die Erscheinung zu treten. Es hat sich dabei in Wahrheit um ein bereits im Laufe des Rechtsstreits geschlossenes, erst für die Zeit nach Erlaß der gerichtlichen Entsch. wirksam werdendes Stundungsabkommen gehandelt, das sich auf den Prozeß nur in der Weise ausgewirkt hat, daß dieser mit einer gewissen Beschleunigung und Vereinfachung zu Ende geführt wurde. Ein solches Abkommen ist aber nicht anders zu beurteilen, als eine Vereinbarung über die Beschränkung des Streitstoffes in dem oben genannten Sinne. Sie mag als Vergleich i. S. des § 779 BGB. erscheinen. Einen Vergleich i. S. des § 13 Ziff. 3 RAGebO. stellt sie indes nicht dar und läßt daher eine Vergleichsgebühr für die beteiligten Anwälte nicht entstehen. Diese Tätigkeit der Anwälte wird insoweit vielmehr durch die Prozeßgebühr mitabgegolten.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 22. Sept. 1934, 20 W 6726/34.)

*

Breslau

3. §§ 415, 416 BGB. Schuldübernahme für Hypotheken, wenn der Übernehmer auf Grund des Kaufvertrages, der die Schuldübernahme vorsieht, aus irgendeinem Grunde überhaupt nicht Eigentümer des gekauften Grundstücks geworden ist. § 416 BGB. ist dann nicht gegeben, die Anwendbarkeit von § 415 BGB. deswegen jedoch an sich nicht ausgeschlossen. Jedoch stehen Schuldübernahme und Grundstückkauf in so engem wirtschaftlichem Zusammenhang, daß die Übernahme der persönlichen Schuld im allgemeinen von der Eintragung des Grundstückserwerbers als Eigentümer auf Grund stillschweigender Vereinbarung als abhängig zu gelten hat.

Die bekl. Ehefrau hat eine für sie eingetragene Hypothek mit Zustimmung ihres Ehemannes zur Sicherung aller Forderungen, die der Kl. gegen den bekl. Ehemann im Augenblick der Verpfändung zustanden und auch in Zukunft zustehen würden, verpfändet.

Die Kl. behauptet, der bekl. Ehemann schulde ihr aus einem Schuldübernahmevertrag 3800 *RM*. Der bekl. Ehemann habe nämlich ein Grundstück, auf dem für die Kl. eine Darlehnshypothek von 3800 *RM* eingetragen gewesen sei, gekauft. In dem Kaufvertrage habe der bekl. Ehemann die auf dem Grundstück lastenden Hypotheken als Selbst- und Alleinschuldner übernommen. Die Schuldübernahme, die ihr von dem bekl. Ehemann mitgeteilt worden sei, habe sie zum mindesten durch die vorl. Klage genehmigt. Bei der i. J. 1932 erfolgten Versteigerung des Grundstücks sei die Hypothek ausgefallen. Infolgedessen müsse der bekl. Ehemann als persönlicher Schuldner, obwohl er im Grundbuch als Eigentümer nicht eingetragen worden sei, haften.

Die Kl. verlangt zwecks Befriedigung ihrer Forderungen gegen den bekl. Ehemann gemäß §§ 1228 Abs. 2, 1282 BGB. von der bekl. Ehefrau die Abtretung der verpfändeten Hypothek und die Bewilligung der Umschreibung der Hypothek im Grundbuch, von dem Bekl. zu 2 die Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Vermögen seiner Ehefrau.

Mit der auf §§ 1228 Abs. 2, 1282 BGB. gestützten Klage kann die Kl. nur durchdringen, wenn die geltend gemachte Forderung gegen den Schuldner, den bekl. Ehemann, begründet und fällig sind.

Der Anspruch der Kl. gegen den bekl. Ehemann auf Zahlung von 3800 *RM* ist jedoch unbegründet.

Daß die Schuldübernahme nicht nach § 416 BGB. erfolgt sein kann, ergibt sich schon daraus, daß der bekl. Ehemann auf Grund des Kaufvertrages, der die Schuldübernahme vorsieht, Eigentümer des Grundstücks überhaupt nicht geworden ist.

§ 416 BGB. enthält allerdings nicht eine Sonderregelung der Schuldübernahme für Hypotheken bei Grundstücksveräußerungen in dem Sinne, daß eine solche Schuldübernahme nur auf diesem Wege möglich sei; § 416 soll vielmehr nur eine leichtere Erreichung der nach § 415 BGB. zur Wirksamkeit der Schuldübernahme erforderlichen Genehmigung ermöglichen.

An sich kann also eine zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber eines Grundstücks vereinbarte Übernahme einer Hypothekenschuld des Veräußerers auch durch eine Genehmigung des Gläubigers nach § 415 BGB. wirksam werden.

Im allgemeinen liegen die Voraussetzungen des § 415 BGB. ohne Zweifel vor.

Zwischen dem Bekl. Ehemann und dem Veräußerer ist, wie sich aus dem Kaufvertrage ergibt, beim Kaufabschluß vereinbart worden, daß der Erwerber die Hypothekenschulden als Allein- und Selbstschuldner übernehme.

Daß der Kl. durch den bekl. Ehemann von der Schuldübernahme Mitteilung gemacht worden ist, steht auf Grund der Beweisaufnahme fest.

Die Genehmigung der Schuldübernahme durch die Kl. war an keine Frist gebunden. Sie konnte auch durch Anstrengung der Klage erfolgen (RG. 107, 216). Unerheblich ist, daß die Kl. gegen den Schuldübernehmer nicht unmittelbar auf Zahlung klagt; der Schuldübernehmer ist mitverklagt und aus dem ganzen Sachverhalt geht hervor, daß die Kl. auch ihm gegenüber die Schuldübernahme genehmigen wollte.

Einwendungen aus dem der Schuldübernahme zugrunde liegenden Rechtsverhältnis kann der bekl. Ehemann der Kl. nicht entgegensetzen, da die Schuldübernahme ein abstrakter Vertrag ist. Insbes. kann er nicht geltend machen, daß er die für die Schuldübernahme versprochene Gegenleistung nicht empfangen habe.

Die Schuldübernahme und der Grundstückskauf stehen aber wirtschaftlich in engstem Zusammenhang. Sie sind als ein Ganzes aufzufassen, und unter Beachtung des wirtschaftlichen Zweckes des Ganzen ist zu prüfen, was die Vertragsparteien mit dem Erklärten zum Ausdruck bringen wollten. Bei der Schuldübernahme gingen die Parteien ohne Frage davon aus, die persönliche Schuld und die dingliche Schuld in einer Hand zu vereinigen. Die Übernahme der persönlichen Schuld sollte von der Eintragung des Erwerbers als Eigentümer abhängig gemacht werden. Der Übernahmevertrag sollte erst dann wirksam werden, wenn der bekl. Ehemann als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen würde, da er erst dann auch für die dingliche Schuld mit dem Grundstück haftete. Dieser Wille der Vertragsparteien stellt sich als selbstverständliche Folge aus dem ganzen Zusammenhang der getroffenen Abreden dar. Dem Kaufvertrage ist also in Wirklichkeit stillschweigend die Bedingung beigefügt worden, daß die Übernahme der persönlichen Schuld nur gelten solle, falls der bekl. Ehemann auf Grund des Kaufvertrages auch Eigentümer des Grundstücks werde.

Zum mindesten muß im Wege der ergänzenden Auslegung des Kaufvertrages angenommen werden, daß die Parteien eine solche Bedingung als mitvereinbart gewollt hätten, wenn sie an die Möglichkeit gedacht hätten, daß es zur Eigentumsübertragung an den Käufer nicht kommen würde.

Die fragliche Bedingung ist aber nicht eingetreten, so daß auch die Genehmigung der bedingten Schuldübernahme durch die Kl. die Schuldübernahme nicht wirksam machen konnte.

Aber auch das Vorliegen eines Schuldübernahmevertrages zwischen der Kl. als Gläubigerin und dem bekl. Ehemann gemäß § 414 BGB. muß verneint werden. Die Vereinbarung zwischen der Kl. und dem bekl. Ehemann über das Stehenlassen der Hypothek bezieht sich nur auf die dingliche Leistung. Es kann aus einer solchen Vereinbarung nicht die Absicht der Parteien entnommen werden, einen Schuldübernahmevertrag mit befreiender Wirkung für den bisherigen Schuldner zu schließen.

Der Anspruch der Kl. gegen den bekl. Ehemann auf Zahlung von 3800 *RM* ist hiernach unbegründet, so daß die Kl. auch nicht von der bekl. Ehefrau Abtretung der verpfändeten Hypothek verlangen kann.

(OLG. Breslau, 5. ZivSen., Urt. v. 15. Mai 1934, 5 U 2165/33.)

Eingef. von RA. Dr. Hoßmann, Breslau.

*

Düsseldorf

4. §§ 38, 46 Ziff. 5, 6, 45 GmbHG. Ein Geschäftsführer einer GmbH. kann nicht seinem Mitgeschäftsführer durch EinstwVerf. untersagen lassen, sich als Geschäftsführer zu betätigen und die Geschäfts- und Arbeitsräume der Gesellschaft zu betreten. †)

Die Parteien sind Geschäftsführer einer GmbH., bei welcher die gesetzliche Vertretung in der Weise geregelt ist, daß entweder zwei Geschäftsführer zusammen oder ein Geschäftsführer in Verbindung mit einem Prokuristen handeln müssen. Der Antragsteller, der gleichzeitig auch als Gesellschafter beteiligt ist, will durch Erlaß einer EinstwVerf. die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des Antragsgegners entzogen wissen, obwohl durch Mehrheitsbeschluß der Gesellschaftsversammlung die Abberufung als Geschäftsführer abgelehnt worden ist. Nach § 46 Ziff. 5 GmbHG. kann jedoch, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, nur die Gesellschafterver-

---

Zu 4. Die Entsch., die mit der h. M. (vgl. Staub-Hachenburg, GmbHG., § 38 Anm. 3; OLG. Frankfurt a. M.: JW. 1923, 78; KG.: OLGRspr. 24, 154 und 28, 362) übereinstimmt, ist im Ergebnis sicherlich richtig. In der Begr. vermag ich ihr nicht restlos beizupflichten.

Die Entsch. stellt darauf ab, ob der Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH. einen Anspruch oder eine Befugnis hat,

sammlung über die Abberufung des Geschäftsführers beschließen. Der eine von mehreren Geschäftsführern dagegen hat dem anderen gegenüber kein Widerrufsrecht (vgl. Staub-Hachenburg, GmbHG., 5. Aufl., Anm. 3 zu § 38). Mit Recht erachtet daher das KG. die Untersagung der Geschäftsführung auf Antrag eines Gesellschafters für unzulässig, weil dies eben Sache der Gesellschafterversammlung ist (vgl. KG.: OLG. 24, 154; 28, 362). Deshalb kann auch eine EinstwVerf. solchen Inhalts auf Antrag eines Gesellschafters oder eines Geschäftsführers regelmäßig nicht erlassen werden.

Der gegenteiligen Ansicht Brodmanns (GmbHG., 2. Aufl., Anm. 2e zu § 38) kann nicht zugestimmt werden. Die Berufung Brodmanns auf RG. 102, 197 versagt; denn es handelt sich dort um ganz andere Fragen. Das RG. hatte dort die Frage der Rechtsgültigkeit von Rechtsgeschäften, die ein durch eine EinstwVerf. bestellter Geschäftsführer vorgenommen hatte, zu entscheiden. Nach dem Urteil handelte es sich um eine gegen die Gesellschaft erwirkte EinstwVerf., nachdem ein Gesellschafterbeschluß angefochten war. Im vorl. Falle liegt eine Anfechtungsklage aber nicht vor.

Allerdings hat das OLG. Dresden in seiner in der JW. 1924, 1185 wiedergegebenen Entsch. dahin entschieden, daß auch ein einzelner Gesellschafter einer GmbH. die Enthebung des Geschäftsführers fordern könne, wenn sich dieser im Bereiche der Geschäftsführung einer unerlaubten Handlung schuldig gemacht hat. Die Entsch. übersieht aber, daß der Geschäftsführer als Organ der Gesellschaft, die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet ist, in keinem Rechtsverhältnis zu dem einzelnen Gesellschafter steht. Die Ansprüche des einzelnen Gesellschafters richten sich, soweit sie auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage beruhen, allein gegen die Gesellschaft, deren Organ er lahmzulegen nicht die Macht hat. In der Gesellschaft herrscht die Majorität, und es geht nicht, daß bei Fortbestand der Gesellschaft die Interessen der Mehrheit von einem einzelnen Gesellschafter zurückgedrängt werden. Die Grundlagen des Gesellschaftsrechts würden erschüttert sein. Die Minorität darf unmöglich entgegen der Mehrheit in der Gesellschaft maßgebend sein, soweit es sich nicht um anfechtbare oder nichtige Beschlüsse der Mehrheit handelt.

Hieraus folgt zweierlei:

Das Verlangen auf Abberufung des Geschäftsführers einer GmbH. kann von einem Gesellschafter nur gegenüber der Gesellschaft erhoben werden, die in der Gesellschafterversammlung darüber zu entscheiden hat. Und im Wege der EinstwVerf. kann gegen den Mehrheitswillen nur eingegriffen werden, wenn die Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses erstrebt wird. Nur wenn die Gründe für die Auflösung der Gesellschaft gem. § 61 GmbHG. gegeben sind und ein Gesellschafter gemäß dieser Vorschrift die Auflösung der Gesellschaft betrieben hat oder betreiben will, kann er im Wege der EinstwVerf. gegenüber der Gesellschaft die Abberufung des Geschäftsführers verlangen (vgl. OLG. Frankfurt: JW. 1923, 87). Will er aber ungeachtet der ihm zur Klage gem. § 61 GmbHG. berechtigenden Voraussetzungen die Gesellschaft fortbestehen lassen, dann muß er sich dem in den Beschlüssen der Gesellschafterversammlung liegenden Mehrheitswillen beugen.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, daß dieser Beschluß rechtsunwirksam sei; denn dieser Beschluß, der durch die Abstimmung der über die Stimmenmehrheit verfügenden Ehefrau des Antragsgegners zu dessen Gunsten zustande gekommen ist, ist nicht nichtig, sondern höchstens anfechtbar, aber bisher nicht angefochten. Ob im Rahmen einer Anfechtungsklage aber eine EinstwVerf. des hier in Rede stehenden Inhalts von dem Anfechtungskläger erwirkt werden kann, kann hier dahingestellt bleiben; denn auch die Anfechtungsklage kann ebenso wie die Auflösungsklage nur gegen die Gesellschaft, nicht aber gegen den einzelnen Gesellschafter erhoben werden, weshalb auch eine EinstwVerf. der hier in Rede stehenden Art jedenfalls nicht gegen den Geschäftsführer als solchen von dem einzelnen Gesellschafter erwirkt werden kann. Sie kann vielmehr höchstens gegen die Gesellschaft beantragt werden, zumal die von dem einzelnen Gesellschafter gegen den Geschäftsführer erwirkte EinstwVerf. der Gesellschaft gegenüber ohne rechtliche Bedeutung ist.

Nun hat auf die Frage des Senats an den Antragsteller, wie er sich bei Bestehenbleiben der EinstwVerf. die Fortentwicklung denke, der Antragsteller erklärt, daß beabsichtigt sei, den Antragsgegner zur Beachtung der EinstwVerf. zu zwingen. Daraus erhellt, daß der Antragsteller keineswegs die Auflösung der Gesellschaft erstrebt. Dann aber kann er, wie dargetan, nicht entgegen dem Willen der Mehrheit der Gesellschaft, der er sich als Gesellschafter fügen muß, dem Antragsgegner die Ausübung des ihm von der Gesellschaft übertragenen Amtes als Geschäftsführer untersagen.

Die EinstwVerf. erscheint hiernach nicht zulässig, weil durch sie in die Rechte der Gesellschaft, gegen die sie nicht beantragt ist, eingegriffen wird, wenn sie auch dieser gegenüber überhaupt ohne rechtliche Wirkung ist. Der Antragsteller kann mithin nicht einmal sein Ziel, Verfügungen des Antragsgegners zum Nachteil der Gesellschaft zu verhindern, erreichen, da der Antragsgegner unbeschadet der erlassenen EinstwVerf. im Verhältnis zu Dritten nach wie vor als Geschäftsführer der Gesellschaft aufzutreten befugt bleibt.

(OLG. Düsseldorf, Urt. v. 12. März 1934, 6 U 42/34.)

Ber. von RA. Nickel, M.-Gladbach.

*

seinem Mitgesellschafter und -geschäftsführer zu untersagen, sich als Geschäftsführer zu betätigen und die Geschäfts- und Arbeitsräume zu betreten. Dieser Ausgangspunkt scheint mir unscharf zu sein. Er wäre nur dann richtig, wenn die EinstwVerf. immer und notwendig einen „Anspruch" voraussetzen würde, wenn sie also nichts anderes als eine beschleunigte und einstweilige Durchsetzung oder Sicherung eines Anspruchs wäre. Daran mag man vielleicht bei Schaffung der ZPO. gedacht haben. Die zwischenzeitliche Rechtsentwicklung hat aber diese Schranken gesprengt. Nach heutiger Auffassung handelt es sich bei der EinstwVerf. „nicht sowohl um die Sicherung einer künftigen Leistung als um die Wahrung des Rechtsfriedens" (Stein-Jonas § 940 I), und die EinstwVerf. ist, wie es Lange: „Vom alten zum neuen Schuldrecht", 1934, S. 64 treffend ausgedrückt hat, „in Wahrheit Rechtspolizei, nicht Vorreiter privater Ansprüche". Es konnte also nicht, wie der Entsch. vorschwebt, darauf ankommen, ob der Antragsteller gegen den Antragsgegner irgendwelche Ansprüche oder Befugnisse hatte, sondern entscheidend war nur, ob Maßnahmen zur Abwehr von Gefahren erforderlich waren, durch die die privatrechtliche Ordnung bedroht war (vgl. die entsprechende Formulierung des § 14 PrPrivVersG.). Allerdings findet die privatrechtliche Ordnung, zu deren Schutz die EinstwVerf. dient, meist ihren Ausdruck in Ansprüchen und Befugnissen der einzelnen Personen gegeneinander. Notwendig ist dies aber keineswegs, und gerade im Gebiete der juristischen Person liegt der Sachverhalt häufig anders. Die juristische Person ist auf personen- und körperschaftsrechtlicher Grundlage aufgebaut. Schuldrechtliche Ansprüche und Befugnisse der Gesellschafter und Organe untereinander bestehen meist nicht. Wollte man starr daran festhalten, daß nur Ansprüche und Befugnisse die Grundlage für den Erlaß einer EinstwVerf. bilden könnten, so würde keine Möglichkeit gegeben sein, im Gebiet der juristischen Person ordnend einzugreifen. Das würde aber mit den Bedürfnissen der Praxis in Widerspruch stehen. Warum soll es dem Gesellschafter einer GmbH., der 80% der Geschäftsanteile hat, nicht gestattet sein, einem Geschäftsführer, der im Verdacht der Untreue und Unterschlagung steht, die Geschäftsführerbefugnis durch EinstwVerf. vorübergehend zu entziehen, wenngleich das Widerrufsrecht der Gesellschafterversammlung zusteht, die satzungsgemäß erst mit einer Frist von vier Wochen einberufen werden kann? Warum soll ferner der Gesellschafter, der eine aussichtsreiche Aufhebungsklage aus wichtigem Grunde führt, nicht dem Mitgesellschafter oder Mitgeschäftsführer durch EinstwVerf. die Geschäftsführerbefugnis entziehen lassen können, wenn dieser versucht, die ihm zustehende Macht zur Aushöhlung der Gesellschaft zu mißbrauchen? (In letzterem Falle erkennt auch die Rspr. die Zulässigkeit einer EinstwVerf. an, vgl. OLG. Frankfurt a. M.: JW. 1923, 87.) In keinem dieser oder ähnlicher Fälle besteht ein materiellrechtlicher Anspruch des einen Gesellschafters gegen den anderen auf Untersagung der Geschäftsführung. Die Fälle haben aber gemeinsam, daß der antragstellende Gesellschafter auf Grund seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung irgendwie, beispielsweise durch Erhebung der Aufhebungsklage, durch entsprechende Mehrheit in der Gesellschafterversammlung oder durch Einflußnahme auf eine dritte zur Abberufung befugte Stelle, die Möglichkeit hat, das Amt des Geschäftsführers zum Erlöschen zu bringen. Diese Möglichkeiten müssen als Grundlage einer EinstwVerf. genügen. Denn die privatrechtliche Ordnung, deren Schutz die EinstwVerf. dient, findet im Gebiete der juristischen Person eben in diesen Möglichkeiten ihren Ausdruck. Bestehen derartige Möglichkeiten nicht, so ist auch die EinstwVerf. unzulässig. Denn sie darf — wenigstens nach dem noch geltenden Recht — nicht über die Grenzen der privaten Rechtsordnung hinausgreifen. Einem Gesellschafter, dem auf Grund der gesetzlichen und satzungsmäßigen Best. keinerlei Möglichkeit zur Abberufung der Geschäftsführer zusteht, kann also auch die EinstwVerf. kein Abberufungsrecht geben. Hier und nicht in dem Bestehen materiellrechtlicher Ansprüche liegen die Grenzen für die Zulässigkeit der EinstwVerf.

Nach alledem konnte es im vorl. Fall nur darauf ankommen, ob der Antragsteller irgendwie die Möglichkeit hatte, das Amt des Antragsgegners als Geschäftsführer zum Erlöschen zu bringen. Nach der bedenkenfreien Feststellung des OLG. bestand eine derartige Möglichkeit nicht. Denn der Antragsteller hatte in der Gesellschafterversammlung keinerlei Mehrheit, die ausgereicht hätte, den Antragsgegner abzuberufen. Irgendwelche andere Abberufungsmöglichkeiten waren in den Satzungen nicht vorgesehen. Die einzige Möglichkeit, das Amt des Antragsgegners zum Erlöschen zu bringen, wäre die Auflösung der Gesellschaft gewesen, die der Antragsteller notfalls im Wege der Auflösungsklage hätte erzwingen können. Für diesen Fall läßt, wie erwähnt, auch die h. M. den Erlaß einer EinstwVerf. zu. Wie das OLG. aber bedenkenfrei festgestellt hat, dachte der Antragsteller nicht daran, die Gesellschaft zur Auflösung zu bringen.

RA. Dr. Ernst Boesebeck, Frankfurt a. M.

5. § 124 Abs. 2 ZPO. Der Armenanwalt muß eine Zahlung der unterlegenen Partei an die arme Partei ebenso wie eine Aufrechnung derselben, die nach Erwirkung eines vollstreckbaren Kostenfestsetzungsbeschlusses durch die arme Partei und vor Umschreibung des Beschlusses auf den ArmAnw. erfolgt ist, gegen sich gelten lassen. †)

Der Kl. hat am 27. Nov. 1933 mit dem ihm nach dem zweitinstanzlichen Urt. gegen die Bekl. zustehenden Hauptanspruch gegen den Kostenerstattungsanspruch aufgerechnet, der auf Antrag des erstinstanzlichen ProzBev. der Bekl. festgesetzt worden ist.

Der BeschwF. als der Bekl. im zweiten Rechtszuge beigeordneter ArmAnw. hatte bereits am 7. Nov. 1933 die Festsetzung seiner Kosten gem. § 124 Abs. 1 ZPO. beantragt. Nachdem ihm mitgeteilt worden war, daß sein Antrag, weil der Kostenfestsetzungsbeschluß bereits auf den Namen der Partei erlassen sei, nicht mehr berücksichtigt werden könne, hat er die Umschreibung des Festsetzungsbeschlusses auf seinen Namen beantragt. Diesem Antrag hat der UB. entsprochen. Durch den angef. Beschluß ist jedoch auf Einwendung des Kl. hin die vollstreckbare Ausfertigung eingezogen worden. Die hiergegen gerichtete Beschwerde ist gem. § 793 ZPO. zulässig, aber unbegründet:

Voraussetzung der Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den Namen des BeschwF. war, daß ihm in dem Zeitpunkt, in dem die Umschreibung erfolgte, die Kostenerstattungsforderung i. S. des § 124 Abs. 1 ZPO. zustand. Die Umschreibung war also unzulässig, wenn die Kostenerstattungsforderung des BeschwF. durch die bereits vorher von dem Kl. der Bekl. gegenüber erklärte Aufrechnung erloschen war. Entscheidend ist mithin, ob der Kl. trotz § 124 Abs. 2 ZPO. dem BeschwF. gegenüber diese Aufrechnung einwenden kann. Das ist nach dem Zweck des Gesetzes zu bejahen. Das Gesetz gewährt zwar dem Armenanwalt ein eigenes und selbständiges Beitreibungsrecht, will aber andererseits nicht den Gegner der armen Partei zu einer Doppelzahlung — an die arme Partei und an deren Anwalt — nötigen. Daraus folgt aber, daß der ArmAnw. eine Zahlung an die arme Partei selbst, die nach Erwirkung eines vollstreckbaren Kostenfestsetzungsbeschlusses durch die arme Partei erfolgt ist, gegen sich gelten lassen muß. Denn in diesem Falle kann sich der Gegner der armen

---

Zu 5. Die Entsch. erörtert eine der schwierigsten Fragen aus § 124 ZPO., die de lege lata kaum restlos befriedigend gelöst werden kann. Es handelt sich um die Frage des § 124, nämlich um die Konkurrenz der Ansprüche der armen Partei einerseits und des Armenanwalts andererseits auf Festsetzung des Gebührenanteils des Armenanwalts.

Bei der eigenartigen Konstruktion des Rechts des ArmAnw. auf Beitreibung, d. h. zunächst Festsetzung seiner eigenen Gebühren unmittelbar gegen die unterlegene Partei ist es unausbleiblich, daß sein eigenes Recht und das der Partei mitunter kollidieren. Denn der ArmAnw. leitet sein Recht aus dem der Partei ab, nun aber nicht etwa so, daß er damit die Partei ausschließt und an deren Stelle tritt, sondern so, daß er gleichberechtigt neben die Partei tritt (Stein-Jonas, 15. Aufl., I zu § 124; RG.: Gruch. 45, 652). Die Kostenfestsetzung kann also auch hinsichtlich der Armenanwaltsgebühren sowohl von der Partei als auch vom ArmAnw. für sich selbst betrieben werden. Benachteiligt werden kann dadurch vor allen Dingen die unterliegende Partei. Das zeigt der vorstehend entschiedene Fall wieder einmal recht deutlich. Denn der Unterliegende kann dadurch in die Lage kommen, sich zwei Schuldtiteln gegenüber zu sehen und zweimal zahlen zu müssen.

Es liegt auf der Hand, daß bei diesem Mangel des Gesetzes die Rechtsprechung helfend eingreifen muß. Denn ein solcher Zustand ist unmöglich und muß deshalb durch eine entsprechende Auslegung des § 124 verhindert werden.

Hier könnte nur ein Radikalmittel helfen: Das Recht der Partei selbst zur Kostenfestsetzung muß entweder von der Zustimmung des ArmAnw. (so z. B. Stein-Jonas, III zu § 124; Seuffert-Walsmann, 2c zu § 124) oder von dem Nachweis der Zahlung der Gebühren des ArmAnw. durch die Partei abhängig gemacht werden. Dann wäre mit einem Schlage jede Kollisionsmöglichkeit, jede Beeinträchtigung des ArmAnw. ebenso wie der unterliegenden Partei beseitigt. Bisher hat allerdings im allgemeinen die Rspr. eine derart weitgehende Einschränkung des Rechts der Partei dem Gesetz nicht entnehmen zu können geglaubt. Es ist in der Tat richtig, daß nach der Konstruktion des Beitreibungsrechts des ArmAnw. zum mindesten recht zweifelhaft ist, ob der Anwalt mit einer derartigen Beschränkung des Rechts der Partei neben diese tritt oder ob er nicht nur gleichberechtigt mit dieser sich in die Kostenfestsetzung, soweit seine ArmAnwGebühren in Frage stehen, einschalten kann. Insbes. der Kostensenat des KG. hat bisher nur letzteres angenommen.

Geht man aber von diesem Standpunkt aus, dann müssen die beiderseitigen Rechte so klar wie möglich gegeneinander abgegrenzt werden, einmal im Interesse des ArmAnw., dem naturgemäß zu seinen Gebühren verholfen werden muß, sodann aber auch im Interesse der erstattungspflichtigen Partei, der die Gefahr zweimaliger Zahlung nicht aufgebürdet werden darf. In dieser Richtung hat nun gerade der Kostensenat des KG. sich besonders bemüht und bisher folgende Leitsätze zu § 124 ZPO. aufgestellt:

a) Das Recht der Partei auf Kostenfestsetzung ist unabhängig vom Recht des ArmAnw. aus § 124 ZPO. und von seiner Zustimmung (20 W 2050/33 v. 4. März 1933).

b) Der Antrag des ArmAnw. gilt als für die Partei gestellt, wenn er nicht ausdrücklich im eigenen Namen gestellt wird (wie zu a).

c) Das Recht des ArmAnw. wird durch die Kostenfestsetzung für die Partei selbst an sich noch nicht berührt. Insbes. bedeutet es keinen Verzicht des ArmAnw., wenn er zunächst für die Partei die Kostenfestsetzung betreibt (20 W 8254/31 v. 28. Sept. 1931: JW. 1932, 255).

d) Der ArmAnw. verliert aber sein Recht, wenn er selbst die Festsetzung für die Partei betreibt und daraufhin die Kostenforderung von der unterliegenden Partei der obsiegenden Partei gegenüber getilgt wird (wie zu c).

e) Ein Verlust des Rechts des ArmAnw. kann nicht mehr eintreten, sobald er die Kostenfestsetzung für sich beantragt. Damit erhält er sich unter allen Umständen sein Recht aus § 124 (20 W 9726/33 v. 25. Nov. 1933: JW. 1934, 239).

f) Versehentliche Erteilung des Festsetzungsbeschlusses auf den Namen der Partei durch den Urkundsbeamten ist für den ArmAnw. unschädlich. Der Urkundsbeamte darf solchen Beschluß durch Umschreibung auf den Namen des ArmAnw., soweit dessen Kosten in Frage kommen, auch dann noch berichtigen, wenn inzwischen an die Partei selbst Zahlung erfolgt ist (wie zu e).

g) Zur Herbeiführung des Verlusts des Beitreibungsrechts des ArmAnw. bedarf es eines Verzichts auf sein Recht ebensowenig wie seiner ausdrücklichen Zustimmung zur Kostenfestsetzung auf den Namen der Partei. Es genügt, daß er die Festsetzung auf den Namen der Partei geschehen läßt. Entscheidend ist nur die äußere Gestaltung, mag auch der ArmAnw. selbst Auftrag zur Festsetzung aus § 124 gegeben haben, dieser aber von seinem Vertreter übersehen worden sein (20 W 5742/34 v. 20. Sept. 1934).

h) Ein Recht des ArmAnw. auf Umschreibung des Beschlusses auf seinen Namen besteht nicht. Ein Fall der Rechtsnachfolge (Umschreibung der Vollstreckungsklausel gem. § 727 ZPO.) liegt nicht vor. Nur aus praktischen Erwägungen wird eine Umschreibung als Notbehelf zugelassen, die aber ihre Grenze da findet, wo durch etwaige Unklarheiten Verwirrung zu besorgen ist (20 W 6411/33 v. 8. Juli 1933: JW. 1933, 2344[5]).

Der Grundgedanke dieser sämtlichen Entsch. ist der: arme Partei und ArmAnw. sind zunächst in der Ausübung ihrer Rechte frei. Doch geht das Recht des ArmAnw. insoweit vor, als er mit rechtzeitigem Antrag sich sein Recht sichern kann (zu vgl. Kubisch, Anm.: JW. 1934, 239: „Ein Schutzwall zugunsten des ArmAnw., der ohne sein eigenes Zutun nicht durchbrochen werden kann"). Dann kann aber auch ein Irrtum des Urkundsbeamten ihm nicht schaden. Hier besteht dann aber die Gefahr, daß die Gegenpartei auf Grund des — fälschlich ergangenen — Beschlusses bereits zahlt und auf Grund des berichtigten Beschlusses nochmal zahlen muß, d. h. also unter Umständen auf einen Regreß gegen den Fiskus angewiesen ist. Diese Gefahr ist de lege lata kaum zu vermeiden. Die Umschreibung auf den Namen des ArmAnw. wird nur zugelassen, soweit sie im einzelnen Falle zweckdienlich erscheint. Bietet der ArmAnw. selbst die Handhabe zum Verlust seines Rechts, indem er für die arme Partei die Festsetzung betreibt, so muß er Zahlung usw. an die Partei sich entgegenhalten lassen. Hierzu genügt schon, wenn mit Wissen des ArmAnw. die Festsetzung betrieben wird, ohne daß er Vorsorge trifft, daß sie auf seinen Namen betrieben wird. Ein Versehen seines Vertreters hierbei geht zu Lasten des ArmAnw.

Das gilt naturgemäß auch dann, wenn der ArmAnw. zweiter Instanz dem erstinstanzlichen Anwalt die Festsetzung überläßt, dieser aber nicht nach § 124 ZPO. vorgeht. Jedes passive Verhalten kann also bereits das Recht des ArmAnw. gefährden, während er durch rechtzeitiges aktives Vorgehen sich dieses Recht — dann aber auch unbedingt — zu sichern in der Lage ist.

Es bleibt dann noch der Fall zu entscheiden, daß die arme Partei ohne Zuziehung des ArmAnw. und ohne dessen Wissen die Festsetzung betreibt und die Gegenpartei daraufhin die Kostenschuld getilgt hat. Dieser Fall ist befriedigend nur zu lösen, wenn man der armen Partei dieses Vorgehen überhaupt verwehrt. Andernfalls entsteht die Frage, wie lange der ArmAnw. sich untätig verhalten darf, ohne daß ihm eine in der Zwischenzeit erfolgte Festsetzung auf den Namen der Partei schadet. Diese Frage ist in der Tat kaum befriedigend zu entscheiden. Obige Entsch. läßt bereits genügen, daß eine Festsetzung auf den Namen der Partei stattgefunden hat, geht also zuungunsten des ArmAnw. weiter als die vorangeführten Entsch. des KG.

Im übrigen wird als Tilgung der Kostenschuld hier auch stets die Aufrechnung anzuerkennen sein. Die Einschränkung des § 124 Abs. 2 ZPO., die dem Schutze des ArmAnw. dient, steht nicht entgegen. § 124 Abs. 2 hat nur den Fall im Auge, daß mit Einreden

Partei der Zahlung an die arme Partei selbst nicht entziehen und deshalb auch nicht genötigt sein, später an den ArmAnw. nochmals zu zahlen.

Was für die Zahlung gilt, muß auch für eine Aufrechnung gelten, die zwecks Abwendung der Vollstreckung eines von der armen Partei selbst erwirkten Kostenfestsetzungsbeschlusses erklärt wird. Um eine solche Aufrechnung handelt es sich aber im vorliegenden Falle, da die Aufrechnung von dem Kl. nach Erlaß des Kostenfestsetzungsbeschlusses zugunsten der armen Partei und vor Umschreibung des Titels auf den Namen des BeschwF. erklärt worden ist.

Die Umschreibung des Titels war daher unzulässig.

(OLG. Düsseldorf, 6. ZivSen., Beschl. v. 9. Mai 1934, 6 W 73/34.)

*

Frankfurt a. M.

6. § 138 BGB. Nichtigkeit von Telephonmietverträgen. Ein Telephonmietvertrag ist noch nicht wegen Sittenwidrigkeit nichtig, wenn die folgenden Vereinbarungen getroffen worden sind:

a) Ausschluß der Schadensersatzpflicht zugunsten der Lieferfirma für Schäden, die bei der Installation der Anlage entstehen;

b) Erweiterung der Haftpflicht des Mieters für Diebstahl, Feuer, Elementargewalt oder anderweiten Verlust;

c) Verbot der Aufrechnung, Minderung oder Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes zugunsten der Lieferfirma;

d) Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall des Konkurses des Mieters;

e) Verpflichtung des Mieters zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von Dreivierteln der Restmiete für den Fall, daß der Mieter seinen Verpflichtungen nicht pünktlich nachkommt;

f) Vertragsdauer von zehn Jahren.

Der Bekl. hat von der Kl. eine selbsttätige Fernsprechanlage gemietet. Der Bekl. kam mit der Zahlung der Mietraten in Verzug, so daß die Kl. die fälligen Beträge einklagte. Der Bekl. beantragte widerklagend festzustellen, daß der Mietvertrag wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sei.

Das LG. wies die Klage ab und gab der Widerklage statt. Zwar könne aus den Einzelbestimmungen des Vertrages eine Nichtigkeit nicht hergeleitet werden. Der Vertrag sei aber in seiner Gesamtheit sittenwidrig. Auf der einen Seite seien nur Rechte, auf der anderen nur Pflichten. Derartige Abmachungen verstößen gegen die guten Sitten und gegen die Geschäftsmoral und stünden in schärfstem Widerspruch zu der Auffassung der gerecht und billig denkenden Volksgenossen. Nach dem heute herrschenden nationalsozialistischen Gedankengut müsse derartigen Verträgen die Rechtswirksamkeit versagt werden.

Das OLG. hob auf, gab der Klage statt und wies die Widerklage ab.

Vom LG. ist mit Recht anerkannt, daß die einzelnen Best. des Vertrages keinen Verstoß gegen die guten Sitten i. S. des § 138 Abs. 1 BGB. enthalten. Aber auch der Vertrag, in seiner Gesamtheit betrachtet, ist nicht als unsittlich anzusehen.

Es fehlt hierzu zunächst schon an dem überzeugenden Nachweis, daß zwischen der Gesamtheit der Leistungen und der Gegenleistungen, wie sie vertraglich vereinbart sind, ein auffälliges Mißverhältnis obwaltet.

Ein solcher Nachweis könnte nur durch die rechnungsmäßige Schätzung und Gegenüberstellung der Gesamtheit der Leistungen und Gegenleistungen, insbes. unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit des Eintretens der im Vertrag zuungunsten des Bekl. vom Gesetz abweichend geregelten Fälle geführt werden. Daran fehlt es sowohl in den Ausführungen des Bekl. wie in dem angef. Urteil. Der bloße Hinweis auf den ungünstigen Eindruck, den die vertragliche Regelung macht, vermag diese wirtschaftliche Prüfung und Gegenüberstellung nicht zu ersetzen. Aber auch hinsichtlich dieses Eindrucks ist der Beurteilung des LG. nicht zu folgen. Eine Prüfung der Best. des Vertrages läßt vielmehr nichts erkennen, was für eine anstößige und wirtschaftlich ungerechtfertigte Beeinträchtigung der Belange des Bekl. spräche.

Die Best. der Ziff. 1 des Vertrages, wonach die Kl. nicht für die bei der Bauausführung und Installation entstehenden unbeabsichtigten Schäden an Eigentum oder Vermögen des Bekl. oder Dritter haftet, hält sich im Rahmen der Vorschrift des § 278 BGB., die sogar den Ausschluß der Haftung für Vorsatz der Erfüllungsgehilfen gestattet. Da die Kl. lediglich die Haftung für unbeabsichtigte Schäden besonderer Art ausgeschlossen hat, so hat sie nur in beschränktem Umfange von den nach dem Gesetze in dieser Beziehung möglichen Haftungsbeschränkungen Gebrauch gemacht.

Auch der nach Ziff. 1 Abs. 2 des Vertrages vereinbarte Ausschluß von Schadensersatzansprüchen ist nach dem Gesetze zulässig, da dem Schuldner die Haftung bis auf Vorsatz im voraus erlassen werden kann (§ 276 Abs. 2 BGB.). Ähnliche Vereinbarungen sind nicht unüblich; vorliegend ist die getroffene Regelung um so weniger zu beanstanden, als es sich bei den in Betracht kommenden Schäden vielfach um solche handeln wird (etwa bei Vereitlung von Geschäftsabschlüssen u. dgl.), die einen hohen Betrag erreichen können, mit der Schadensursache aber nur in losem innerem Zusammenhange stehen. Auch schließt die getroffene Vereinbarung nicht die — nach Lage der Sache in erster Linie in Betracht kommenden — Rechte des Bekl. aus, bei mangelnder Betriebsbereitschaft Leistung zu verlangen oder nach Fristsetzung vom Vertrage zurückzutreten.

Ziff. 8 des Vertrages, wonach die Herstellung der Anlage nach Lage der Aufträge und Fabrikationsmöglichkeiten erfolgen und eine seitens der Lieferantin nicht verschuldete Verzögerung in der Herstellung der Anlage den Beginn der Arbeiten verschieben soll, entspricht den gesetzlichen Best., insbes. der Vorschr. des § 275 BGB.

---

aus der Person der armen Partei das Recht des ArmAnw. illusorisch gemacht werden soll, betrifft aber nicht den Fall, daß gegenüber einer ordnungsmäßig mit Kostenfestsetzung vorgehenden armen Partei die Aufrechnung erklärt und die so erfolgte Tilgung dem ArmAnw. entgegengehalten wird. Dieses Verfahren wird gerade erst durch die Untätigkeit bzw. durch das Handeln des ArmAnw. im Namen der armen Partei ermöglicht. In diesem Zusammenhange können also Zahlung und Aufrechnung nicht verschieden beurteilt werden. Der Rechtsschutz, auf den die unterliegende Partei Anspruch hat, verlangt vielmehr gebieterisch, in beiden Fällen mit dem Recht der armen Partei auch das Recht des ArmAnw. als erloschen anzusehen.

Diese Entsch. ergibt sich auch aus der folgerichtigen Weiterentwicklung des Gedankengangs obengenannter Entsch. 9726/33 vom 25. Nov. 1933: Hat der ArmAnw. zur Erhaltung seines Rechts die erforderlichen Maßnahmen ergriffen, so bleibt dieses trotz anderweiter Maßnahmen der Partei selbst bestehen. Folglich: Durch gegenteiliges, sei es auch nur rein passives Verhalten, läuft der ArmAnw. bereits Gefahr, sein Recht zu verlieren. Den berechtigten Interessen des ArmAnw. und dem Zweck des § 124 ZPO. ist vollauf Genüge getan, wenn ihm die Möglichkeit geboten wird und er es in der Hand hat, sich sein Recht zu sichern. Auf mehr hat er keinen Anspruch (vgl. Kubisch: JW. 1934, 239 Anm.: „Damit ist das Ziel des § 124 ZPO. erfüllt"). Hier stehen stärkere Interessen, nämlich die Rechtssicherheit im Vordergrund.

Obige Entsch. des OLG. Düsseldorf, die ebenfalls diese Gesichtspunkte entscheidend verwertet, ist daher auf das entschiedenste zu begrüßen. Ihr gegenüber muß ein Einwand, der sich rechtlich immerhin vertreten ließe, entfallen: nämlich daß die Kostenfestsetzung stattzufinden habe ohne Rücksicht auf eine etwa erfolgte Tilgung der Kostenforderung (sei es durch Zahlung, sei es durch Aufrechnung), und daß einem etwaigen Gegenverfahren aus § 767 ZPO. zu überlassen sei, die Rechte der unterliegenden Partei dem ArmAnw. gegenüber geltend zu machen. Diese Auffassung ist nicht haltbar. Denn steht fest, daß nach vorhergegangener ordnungsmäßiger Kostenfestsetzung gezahlt oder aufgerechnet ist, dann ist für eine Kostenfestsetzung durch die Partei oder durch den ArmAnw. kein Raum mehr, wie ja auch § 124 Abs. 2 eine Aufrechnung, wenn allerdings auch nur mit bestimmten Kostenforderungen, ausdrücklich anerkennt. Eine Rspr., die unbekümmert um eine derart vorgenommene Tilgung doch noch ein Recht auf Kostenfestsetzung anerkennen und trotz eines bereits vorhandenen Kostenfestsetzungsbeschlusses einen zweiten Beschluß über die gleichen Kosten daneben setzen, damit die Rechtsposition des Kostenschuldners gefährden und ihn zu seiner Verteidigung nur auf den Weg des § 767 ZPO. verweisen wollte, damit also neue Prozesse und neuen Kostenaufwand heraufbeschwören wollte, wäre unpraktisch und unter keinen Umständen zu billigen (zustimmend auch Kubisch a. a. O.: „Es ist eine selbstverständliche Forderung, die Entsch., ob eine solche Gefährdung verhindert werden kann, bereits im Rahmen des Festsetzungsverfahrens zu treffen").

Ein Wort ist noch zu der formellen Seite der Entsch. von Düsseldorf zu sagen. Sie ist unter dem Gesichtspunkt der sofortigen Beschwerde aus § 793 ZPO. ergangen. Dem vermag ich nicht beizustimmen. Es handelt sich, wie schon dargetan, um keinen Fall des § 727 ZPO., sondern um die Kostenfestsetzung nach §§ 104, 124 ZPO. Die Einziehung der vollstreckbaren Ausfertigung durch den Urkundsbeamten ist daher nichts anderes als die Aufhebung des für den ArmAnw. umgeschriebenen Kostenfestsetzungsbeschlusses auf die Erinnerung aus § 104 ZPO. Gegen diese Erinnerungsentscheidung ist die Erinnerung bzw. Beschwerde aus § 104 ZPO. gegeben, wie ja die ergangene Entsch. durch ihre Begründung am besten bestätigt.

KGR. Dr. Gaedeke, Berlin.

Die Erweiterung der Haftung des Bekl. nach Ziff. 3 für Verlust, Diebstahl, Feuer, elementare Gewalt oder Verlust durch andere Umstände ist rechtlich zulässig und wirtschaftlich wohl vertretbar. Sie ist in den praktisch vorwiegend in Betracht kommenden Fällen (Diebstahl und Feuer) — abgesehen von dem Sonderfalle offener Gewalt bei inneren Unruhen — auch in § 29 FernsprO. der Reichspost in gleicher Weise vorgesehen und rechtfertigt sich durch die Tatsache, daß einerseits die Kl. nicht die Möglichkeit hat, ausreichende Maßnahmen zur Sicherung ihres im Besitz des Bekl. befindlichen Eigentums zu treffen, und daß andererseits die vermutliche Quelle der meisten zu erwartenden Schäden im Herrschaftsbereich des Bekl. liegt.

Das Aufrechnungsverbot, das Verbot der Geltendmachung der Minderung oder des Zurückbehaltungsrechtes, das sich auch sonst in Mietverträgen findet, ist für die Kl. aus Gründen eines ungekürzten regelmäßigen Zahlungseinganges und damit zur Aufrechterhaltung ihrer eigenen Zahlungsfähigkeit wirtschaftlich von großer Bedeutung, da andernfalls, zumal bei wirtschaftlichen Stockungen, für die Mieter ein nicht unerheblicher Anreiz bestehen würde, unter nichtigen Vorwänden die Telephonmiete, deren Nichtzahlung nicht unmittelbar das Geschäft und den Kredit gefährdet, schuldig zu bleiben. Demgegenüber tritt das Interesse des Bekl., seine etwaigen Gegenansprüche nicht durch eine besondere Klage verfolgen zu müssen, dermaßen an Bedeutung zurück, daß die getroffene Vertragsregelung auch im Zusammenhang der sonstigen Best. nicht zu beanstanden ist.

Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall des Konkurses ist zulässig (RG. 49, 192). Das gleiche gilt hinsichtlich der Vereinbarung, wonach die Kl. beim Konkurse des Bekl. berechtigt sein soll, die Anlage zu entfernen (RG. 56, 245). Diese Vereinbarung verstößt weder gegen eine gesetzliche Best. noch gegen die guten Sitten und verletzt auch nicht den Grundsatz der Gleichstellung der nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger, da diese die Verträge des Gemeinschuldners so hinnehmen müssen, wie sie vor Konkurseröffnung geschlossen worden sind. Ebensowenig erscheint die Verpflichtung zur Zahlung eines Schadensersatzes in Höhe von $^3/_4$ der restlichen Miete als unverhältnismäßig hoch, wenn man die gesetzliche Regelung zum Vergleiche heranzieht. Hiernach hat der Vermieter neben den Rechten aus § 554 BGB. die Befugnisse aus den §§ 325, 326 BGB. Er kann als Schadensersatz vor allem den entgangenen Mietzins für die restliche Vertragsdauer abzüglich der gesparten Kosten für die Unterhaltung der Anlage verlangen. Bei einer Weiterverwertung der alten Anlage, die, wie auf der Hand liegt, schwierig ist, da neue Mieter auch neue Anlage verlangen, würde bei Berücksichtigung der Umarbeitungskosten sich, wie anzunehmen, die Höhe des Schadensersatzanspruches nicht sehr erheblich verringern. Die bloße Tatsache, daß die Kl., wie das LG. annimmt, ständig neue Abonnenten gewinnt, kann vollends überhaupt nicht als ein den Schaden mindernder Umstand berücksichtigt werden; denn es spricht nichts dafür, daß sie diese neuen Abonnenten nicht auch neben ihren bisherigen Abonnenten und unabhängig davon, ob die Verträge mit diesen bisherigen Abonnenten weiterlaufen, aufnehmen könnte. Unter Berücksichtigung dieser Umstände ist es daher nicht unangemessen, wenn die Kl. von vornherein bei Abschluß des Vertrages eine Schadensersatzforderung in Höhe von $^3/_4$ der restlichen Miete für den Fall festlegt, daß der Bekl. seinen Verpflichtungen nicht nachkommt. Auch wenn man die Vereinbarung der Konventionalstrafe hinzunimmt, wird durch die damit geschaffene sehr weitgehende Sicherung, obwohl sie in der Gesamtwirkung nicht unbedenklich ist, die Grenze des Sittenwidrigen noch nicht überschritten, zumal die im Konkurs tatsächlich auszuzahlende Summe beider Beträge vertraglich 100% des noch rückständigen Mietzinses nicht übersteigen kann; denn immerhin ist die Kl. dadurch im Konkurs im wirtschaftlichen Endergebnis nicht besser gestellt, als ein aussonderungsberechtigter Gläubiger, dessen Eigentum seiner Natur nach die alsbaldige Wiederverwertung ohne wirtschaftliche Wertminderung gestattet.

Das LG. beanstandet ferner zu Unrecht die auf zehn Jahre vereinbarte Vertragsdauer. Geschäftsbetriebe wie der der Kl. sind ihrem Aufbau nach zur Erzielung einer gesicherten Wirtschaftlichkeit — an der auch die Allgemeinheit ein mittelbares Interesse hat — aus den bereits vorstehend erwähnten Gründen auf den Abschluß langfristiger Verträge mehr oder weniger angewiesen. Eine Vertragsdauer von zehn Jahren ist daher im Telephonmietgeschäft als üblich anzusehen. Dies ergibt sich insbes. auch aus der im Mai 1934 erfolgten Neuregelung des Fernsprech-Nebenstellengeschäftes, wobei u. a. von der Reichspostbehörde eine Mindestüberlassungsdauer bei kleineren Anlagen von fünf Jahren, bei größeren von zehn Jahren festgesetzt worden ist.

(OLG. Frankfurt a. M., 2. ZivSen., Urt. v. 31. Juli 1934, 2 U 71/34.)

Ber. von RA. Dr. Göbel, Frankfurt a. M.

*

Kassel

7. §§ 95, 97, 535 ff. BGB. Zum Begriff des Zubehörs bei Betrieben zur Ausbeutung von Bodenbestandteilen. Überlassung durch Mietverträge, die wirtschaftlich einem Verkauf unter Eigentumsvorbehalt gleichkommen.

Durch Verträge aus dem Frühjahr 1929, 30. Jan., 9. März und 15. März 1929, hatte der Kiesgrubenbesitzer M. von der Firma O. und K. eine Baggereinrichtung, Baggergleise, Muldenkipper und Feldbahnmaterial gemietet. Nach den Verträgen war M. berechtigt, die Gegenstände demnächst zu kaufen, wobei auf den „Kaufpreis" die gezahlten „Mietraten" voll angerechnet werden sollten. Der Mietpreis, der auf die Zeit von 12 Monaten bemessen war, entsprach in der Höhe genau dem Kaufpreis. Von dem vereinbarten Preise war ein größerer Betrag sofort als Anzahlung zu entrichten, der Rest war auf 12 Monatsraten verteilt.

Die Bekl., die dem M. einen größeren Kredit eingeräumt hatte, hat bis zum Herbst 1930 die von M. an die Firma O. u. K. zu zahlenden Mietzinsraten für M. gezahlt. Als die Bekl. i. J. 1930 in Zahlungsschwierigkeiten geriet und M. mangels weiterer Kreditgewährung die Mietraten bei der Firma O. u. K. nicht mehr entrichten konnte, traten die Kl. im Einverständnis mit der genannten Firma in die laufenden Mietverträge ein. Die Kl. gaben an die Firma O. u. K. Wechsel in Höhe des noch zu zahlenden Restbetrages. Mit der Einlösung dieser Wechsel ging später gem. der mit der Firma getroffenen Vereinbarung das Eigentum an den erwähnten Gegenständen entsprechend den erfolgten Zahlungen auf die Kl. über. Die Kl. haben ihre Gegenstände wieder unter Übernahme der mit den genannten Firmen getroffenen Best. (auch unter Einräumung des Kaufrechts unter Anrechnung der gezahlten Mietraten) auf 20 Monate an M. vermietet.

Im Jahre 1931 wurde die Zwangsversteigerung des M.schen Kiesgrubengrundstückes angeordnet. In dem Versteigerungstermin v. 3. Febr. 1932 blieb die Bekl. mit einem Gebote von 2500 *RM* Meistbietende und erhielt am 8. Febr. 1932 den Zuschlag erteilt. Die vorerwähnten, den Kl. gehörigen Gegenstände befanden sich während des Zwangsversteigerungsverfahrens und auch noch im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung auf dem versteigerten Grundstück. Eine Einstellung der Zwangsversteigerung ist hinsichtlich ihrer nicht erfolgt, auch die Versteigerungsbedingungen enthalten keinen Ausschluß von der Mitversteigerung.

Die Kl. verlangen unter Ber. auf ihr Eigentum mit der Klage von der Bekl. die Herausgabe der Gerätschaften.

Für den Erfolg der auf das Eigentum der Kl. gestützten Klage kommt es darauf an, ob die herausverlangten Gegenstände Zubehör der versteigerten Kiesgrube waren und durch den Zuschlag mit in das Eigentum der Bekl. übergegangen sind.

Unbedenklich haben die Gegenstände die Voraussetzungen der Zubehöreigenschaft insofern erfüllt, als sie bei ihrer Verbringung auf die Kiesgrube dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache, nämlich dem Betriebe der Kiesgrube, zu dienen bestimmt waren und in dem dieser Best. entsprechenden räumlichen Verhältnis standen. Es kann sich nur fragen, ob etwa die Benutzung nur eine vorübergehende war und dadurch die Zubehöreigenschaft ausgeschlossen wurde.

Bei der Kiesgrube handelte es sich um eine Fläche von etwa 15 Morgen. Es lag demnach eine größere Fläche vor, die einen einheitlichen wirtschaftlichen Betrieb darstellte. Der Umstand, daß nach der Natur der Dinge die Ausbeutungsfähigkeit der Kiesgrube einmal ein Ende erreichen mußte und damit auch die Aufhebung der räumlichen Verbindung vorauszusehen war, ist für sich allein nicht geeignet, die Zubehöreigenschaft auszuschließen. Wenn das RG. (RG. 61, 188 ff. und Warneyer 1923/24 Nr. 119) ausgesprochen hat, maßgebend sei, ob der Wegfall der Verbindung oder Benutzung von vornherein beabsichtigt oder nach der Natur des Zwecks sicher war, und daß der Zweck der Verbindung nicht nur dann vorübergehend sei, wenn er sich in kurzer Zeit erreichen lasse, sondern auch dann, wenn ihm seiner Natur nach eine zeitliche Begrenzung innewohne, möge das Ende auch erst nach Jahren oder Jahrzehnten eintreten, so kann das nach Ansicht des Sen. nicht gelten für Fälle, in denen die Hauptsache verbrauchbar ist und die Benutzung für die ganze Zeit vorgesehen ist, in der die Hauptsache selbst besteht oder demselben wirtschaftlichen Zwecke dient. Denn das Gesetz stellt es nicht auf die vorübergehende Verbindung ab, sondern auf die vorübergehende Benutzung der einen Sache für den wirtschaftlichen Zweck der anderen. In diesen Fällen aber, in denen die Hauptsache verbrauchbar oder in ihrem wirtschaftlichen Zweck zeitlich begrenzt ist, ist die Benutzung für den wirtschaftlichen Zweck, nämlich solange die Hauptsache oder ihr wirtschaftlicher Zweck vorhanden ist, eine dauernde (vgl. auch Oertmann, 3. Aufl., § 97 Anm. 21 S. 296). Andernfalls käme man zu dem der Verkehrsanschauung widersprechenden Ergebnis, daß bei Betrieben, die der Ausbeute von Bodenbestandteilen dienen, die dem Betriebe dienenden Geräte niemals Zubehör sein könnten, da ja die Ausbeute ihrer Natur nach stets einmal ein Ende erreichen muß. Demnach schließt der Umstand, daß die Ausbeutungszeit

begrenzt war, die Zubehöreigenschaft nicht aus. Hiernach ist es ohne Belang, ob sich im Zeitpunkt der Verbringung der Geräte auf die Kiesgrube — auf diesen Zeitpunkt allein könnte es für die Begr. der Zubehöreigenschaft ankommen — die voraussichtliche Ausbeutungszeit bestimmen ließ und auf welche Zeit sie zu bemessen war.

Es bleibt weiter zu prüfen, ob etwa die besonderen rechtlichen Beziehungen, wie sie zwischen dem Kiesgrubenbesitzer M. und der Lieferfirma O. u. K. und später den Kl. bestanden, die Annahme einer nur vorübergehenden Benutzung rechtfertigen können. Dabei kommt es, wie gesagt, für die Begr. der Zubehöreigenschaft auf den Zeitpunkt an, in dem die Geräte auf das Kiesgrubengelände verbracht wurden, sowie ferner auf den Willen dessen, der die räumliche Verbindung mit der Hauptsache vornahm zu dem Zwecke, ihr wirtschaftlich zu dienen, d. h. des Kiesgrubenbesitzers M. Zutreffend ist das LG. davon ausgegangen, daß die als Mietverträge bezeichneten Verträge sich infolge des gleichzeitig eingeräumten Rechts auf käuflichen Erwerb wirtschaftlich als Verkäufe unter Eigentumsvorbehalt darstellen. Unzweifelhaft war der Zweck dieser Rechtsgeschäfte, daß M. die Geräte endgültig erwerben und behalten sollte. Daraus ist zu entnehmen, daß M., als er die Geräte auf das Kiesgrubengelände verbrachte, sie dem wirtschaftlichen Zweck der Kiesgrube für die ganze Dauer des Betriebes widmen wollte. Sie sind infolgedessen damit unbedenklich Zubehör geworden. Wenn die Kl. sich darauf berufen, daß sie dem M. bei ihrem Eintritt in die Verträge mit der Lieferfirma O. u. K. die Gegenstände nur auf 20 Monate überlassen und sich ausdrücklich das Recht der Wegnahme vorbehalten hätten, so könnte das, nachdem die Gegenstände vorher schon Zubehör geworden waren, nur unter dem Gesichtspunkte beachtlich sein, ob die bis dahin schon bestehende Zubehöreigenschaft dadurch aufgehoben wurde. Dafür, daß sich an den für die Zubehöreigenschaft wesentlichen Umständen durch den Eintritt der Kl. in die Verträge etwas geändert hätte, ist aber nichts ersichtlich. Für die Frage, ob von nun an die Benutzung nur eine vorübergehende sein solte, kann es wie bei der Begr. der Zubehöreigenschaft nur auf den Willen des Betriebsinhabers M. ankommen, nicht aber auf die Absichten der Kl. als der Vermieter oder richtiger Verkäufer. Dafür, daß sich in den Absichten des M. irgend etwas geändert haben sollte, spricht nicht das geringste; er wollte die Geräte durch Abzahlung an die Kl. genau wie vorher an die Lieferfirma endgültig erwerben und für den Betrieb behalten. Kann es auf den etwaigen Willen der Kl. überhaupt nicht ankommen, so ist aber auch aus ihm nichts dafür zu entnehmen, daß die Benutzung von nun an nur noch eine vorübergehende sein sollte. Der Eintritt der Kl. in die Verträge, als M. infolge der Zahlungsschwierigkeiten der Bekl. die fälligen Ratenzahlungen nicht mehr leisten konnte, verfolgte gerade den Zweck, dem M. die Möglichkeit zum Erwerb der Gegenstände zu erhalten; wenn die Kl. dabei an Stelle der Frist von 12 Monaten, die ursprünglich für die Abdeckung der vollen Zahlungen vorgesehen war, eine Verlängerung der Frist für den Restbetrag auf 20 Monate vornahmen, so ergibt sich gerade daraus die Absicht, dem M. den endgültigen Erwerb zu erleichtern und zu sichern. Denn die Verlängerung entsprang wohl der Erkenntnis, daß die Zahlungen in der bisherigen Verteilung auf die kürzere Zeit den M. zu sehr belasteten. Wenn die Kl. sich für den Fall, daß M. auch diesen erleichterten Zahlungsbedingungen nicht sollte nachkommen können, die Wegnahme der Gegenstände vorbehielten, so handelt es sich dabei um ein letztes Sicherungsmittel, dessen Eintritt aber von allen Beteiligten alles andere als gewollt war und das daher nicht geeignet war, die Benutzung der Geräte als nur vorübergehend gewollt anzusehen.

(OLG. Kassel, 1. ZivSen., Urt. v. 15. März 1934, 1 U 24/34.)
Ber. von OLGR. Dr. Karl Münzel, Kassel.

*

Nürnberg

8. §§ 1, 2, 5 AbzG.; § 287 ZPO.

1. Die Wegnahme eines unter Eigentumsvorbehalt verkauften Lastkraftwagens im Wege der einstweiligen Verfügung gilt als Ausübung des Rücktrittrechts i. S. des § 5 AbzG.

2. Die dem Verkäufer zu gewährende Vergütung für Gebrauchsüberlassung und Wertminderung kann für fabrikneue Lastkraftwagen nicht auf Grund des verkehrsüblichen Mietzinses berechnet werden, da deren Vermietung nicht üblich ist.

3. Außer dem Wert der Gebrauchsüberlassung ist die volle Wertminderung zu ersetzen, nicht nur ein vom billigen Ermessen abhängiger Zuschlag zum Wert der Gebrauchsüberlassung.

4. Die Wertminderung besteht in der Differenz zwischen dem verkehrsüblichen Verkaufspreis zur Zeit der Übergabe, nicht des Vertragsabschlusses, und dem in gleicher Weise ermittelten Wert im Zeitpunkt der Rückgabe. Der Wert der Gebrauchsüberlassung ist gleich dem Betrag, der unter Zugrundelegung normaler Verhältnisse mit dem Wagen verdient werden konnte.

5. Es ist nicht unbillig, wenn der Vorbehaltseigentümer als Wertersatz für Gebrauchsüberlassung und Wertminderung mehr erhalten hat, als den Kaufpreis des zurückgenommenen Gegenstandes. †)

Die Kl. klagte auf Herausgabe zweier Lastkraftwagen und eines Anhängers, die zum Preis von insgesamt 33 250 *RM* unter Eigentumsvorbehalt verkauft und von dem Bekl. etwa 2½ Jahre benutzt waren. Die Fahrzeuge waren durch EinstwVerf. sichergestellt. Unstreitig war der Verklagte mit den Zahlungen in Verzug, nach seiner Behauptung mit etwa 4400 *RM*, nach der Behauptung der Kl. mit etwa 8000 *RM*. Der Bekl. verlangt auf Grund des AbzG. Rückzahlung der bisher geleisteten Beträge, mindestens aber 25 000 *RM*.

Das LG. hatte ohne Beweisaufnahme zur Herausgabe verurteilt. Hiergegen legte der Bekl. Ber. ein mit folgender Begr.:

Für die Abrechnung zwischen den Streitteilen komme nicht die behauptete verkehrsübliche Miete in Betracht, denn dann komme man zu dem Ergebnis, daß die Forderung des Abzahlungsverkäufers über die Summe des vom Käufer bezahlten Betrages hinausgehe, was dem Sinn des AbzG. widerspräche. Bei dieser Berechnungsweise könne sich der Abzahlungskäufer niemals wirtschaftlich befreien. Bei einem Kaufpreis von 33 250 *RM* und Zahlungen von 29 000 *RM* verliere er nicht nur die Wagen, sondern müsse noch 31 000 *RM* für die Gebrauchsüberlassung während eines Zeitraums von 2½ Jahren bezahlen. Es gehe nicht an, den Wert der Gebrauchsüberlassung unter Zugrundelegung einer üblichen Miete von 40—50 Pf. für den Kilometer und unter Zugrundelegung einer täglichen Leistung von 100 km zu errechnen. Mindestens müsse die Benützungszeit und der Zustand der Fahrzeuge berücksichtigt werden.

Das BG. hat einen Sachverständigen über die Wertminderung und einen Sachverständigen über den Wert der Gebrauchsüberlassung vernommen.

Der Ber. wurde nicht stattgegeben aus folgenden Gründen:

Die Wegnahme der Fahrzeuge auf Grund einer EinstwVerf. hat als Ausübung des Rücktrittrechts gem. § 5 AbzG. zu gelten. Die Parteien waren demnach verpflichtet, sich gegenseitig die empfangenen Leistungen zurückzugewähren, wobei der Bekl. der Kl. den Wert der Überlassung des Gebrauchs und der Benutzung unter Berücksichtigung der inzwischen eingetretenen Wertminderung zu vergüten hat. Die Höhe der Vergütung hat das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu bestimmen (§ 2 Abs. 2 AbzG., § 287 ZPO.).

Das LG. hat für die Berechnung der Überlassungsvergütung den verkehrsüblichen Mietzins zugrunde gelegt, indem es davon ausging, daß Lastkraftwagen ebenso wie Personenwagen auf längere oder kürzere Zeit vermietet werden, und daß auch verkehrsübliche Sätze bestehen, nach denen diese Transportmittel vermietet werden. Zutreffend bemerkt das Erstgericht, daß in dem verkehrsüblichen Mietzins in der Regel bereits ein Ausgleich für die Wertminderung durch die Benützung enthalten ist. Dagegen ist nicht zu billigen, daß das LG. einen verkehrsüblichen Mietzins angenommen hat. Die Zugrundelegung eines Mietzinses scheidet völlig aus, wenn es sich um Gegenstände handelt, die üblicherweise nicht vermietet werden. Der Sachverständige hat in einer für das BG. überzeugenden Weise dargetan, daß fabrikneue 5-to-Lastkraftwagen von den Herstellungsfabriken überhaupt nicht vermietet werden. Die Unanwendbarkeit dieses Maß-

---

Zu 8. Die Entsch. unterliegt, soweit sie die Feststellung trifft, daß die Ansprüche des Verkäufers nach § 2 AbzG. den Verkaufspreis übersteigen können, den größten Bedenken. Mit dieser Ansicht setzt sich die Entsch. in krassen Widerspruch mit dem Sinne des § 2 AbzG. und dem ganzen Zweck des AbzG.

Das AbzG. verfolgt in erster Linie sozialpolitische Zwecke (vgl. RG. 138, 32 = JW. 1933, 907). Es will vor allem, das zeigt seine Geschichte und sein Inhalt, auf jeden Fall verhindern, daß der in der Regel wirtschaftlich schwächere Käufer in irgendeiner Weise ausgenutzt wird. Deshalb verbietet § 1 AbzG. die sog. Verwirkungsklausel, regelt § 4 die sog. Verfallklausel, setzt § 5 die dingliche Rückforderung der obligatorischen gleich, regelt § 2 die Ansprüche des Verkäufers nach Rücktritt abschließend und bestimmt § 3 schließlich die Zug-um-Zug-Erfüllung der beiderseitigen Ansprüche.

Das AbzG. erstrebt einen gerechten Ausgleich der beiderseitigen Interessen nach Auflösung des Vertrages. Es soll soweit als möglich der Zustand wiederhergestellt werden, der vor Abschluß des Vertrages bestanden hat. Keine Partei soll aus der Auflösung des Vertrages aus einem Nachteil der anderen einen Vorteil ziehen, vor allem soll der Verkäufer aus der Auflösung des Vertrages keinen Gewinn auf Kosten des Käufers erzielen. Deshalb bestimmen die §§ 1, 2 AbzG., daß der Käufer einerseits die gezahlten Raten zurückerhalten, andererseits aber dem Verkäufer die Ware zurückgeben und nur die infolge des Vertrages gemachten Aufwendungen, den Gebrauch der Ware, deren Wertminderung und etwaige Beschädigungen bezahlen soll. Der Verkäufer dagegen soll

stabes ergibt sich auch schon aus der einfachen Erwägung, daß es sich um Gegenstände handelt, die schon durch eine Benützung von kürzester Dauer entwertet werden, weil sie selbst bei äußerlicher Unversehrtheit und völliger Brauchbarkeit nach der Verkehrsauffassung nicht mehr als neu gelten, so daß, wie es ja auch das LG. tatsächlich angenommen hat, die Fabrik nach kaufmännischen Grundsätzen eine so hohe Mietgebühr fordern müßte, daß für den Mieter jeder wirtschaftliche Erfolg und jede Rentabilität ausgeschlossen wäre. Ein Mietzins, der nur nach den Interessen des Vermieters errechnet ist, kann aber niemals den objektiven Wert der Gebrauchsüberlassung darstellen. Nur bei Beachtung der Interessen beider Parteien kann der objektive Wert der Gebrauchsüberlassung ermittelt werden. Es muß sonach im vorl. Fall nach § 2 Abs. 2 AbzG. die von dem Käufer zu entrichtende Vergütung durch Schätzung gem. § 287 ZPO. bestimmt werden. Außer dem Wert der Gebrauchsüberlassung ist die volle Wertminderung zu ersetzen, nicht etwa nur ein vom billigen Ermessen abhängiger Zuschlag zum Wert der Gebrauchsüberlassung. Es kann deshalb auch die Wertminderung getrennt vom Wert der Gebrauchsüberlassung bestimmt werden. Für die Ermittlung der Wertminderung ist der mit dem Abzahlungskäufer vereinbarte Kaufpreis nicht entscheidend. Es ist vielmehr nicht der Abzahlungspreis, sondern der verkehrsübliche Kaufpreis, der gemeine Wert der Sache, und zwar zur Zeit der Übergabe, nicht des Vertragsschlusses, zugrunde zu legen. Mit dem so gefundenen Wert ist dann der in gleicher Weise zu ermittelnde Wert der Sache im Zeitpunkt ihrer Rückgabe zu vergleichen (vgl. RG. 138, 28 ff.[1]).

Nach dem Gesetz ist der Wert der Überlassung des Gebrauches zu ersetzen. Der Käufer hat deshalb nicht den Wert zu vergüten, den der nach dem Vertrag vorausgesetzte oder gar der tatsächliche Gebrauch für ihn im Einzelfall gehabt hat. Das Gesetz setzt vielmehr an die Stelle dieses subjektiven Wertes den objektiven Wert, den die Gebrauchsüberlassung besitzt (Crisolli, Anm. 46 zu § 2 AbzG.). Danach ist es jedenfalls bedeutungslos, wenn, wie der Bekl. behauptet, der eine Wagen bereits seit Juli 1931 eingestellt war und nicht mehr benützt wurde. Ein Abzug vom Wert der Gebrauchsüberlassung, wie der Bekl. meint, kann daher nicht gemacht werden.

Nach den Behauptungen der Parteien kann eine Gebrauchsüberlassung von 29 Monaten angenommen werden. Der Sachverständige hat nun in überzeugender Weise dargelegt, daß im vorl. Fall, wo in der Hauptsache Baumaterialien gefahren wurden, man mit einer durchlaufenden Beschäftigung von etwa 10 Monaten im Jahr rechnen kann, und daß man selbst bei kurzen Fahrten, um die es sich hier nach Angabe des Bekl. handelte, bei den technischen Hilfsmitteln in Berlin 100 km mögliche Tagesleistung mit ziemlicher Genauigkeit annehmen kann. Hinsichtlich des Gewinns, der zu erzielen war, hat der erste Sachverständige unter Vorlage eigener Abrechnungen folgende Berechnung angestellt.

Der jährliche mögliche Reingewinn des Wagens mit Anhänger kann auf 5050 *RM* bei 10monatigem Betrieb, sonach bei 29 Monaten auf 12 200 *RM*, und zwar auf 9300 *RM* für den Triebwagen und 2900 *RM* für den Anhänger und der mögliche Gesamtreingewinn für 29 Monate für die zwei Wagen mit dem Anhänger auf 21 500 *RM* beziffert werden. Dies ist als Wert der Gebrauchsüberlassung zu betrachten.

Hinsichtlich der Wertminderung der Wagen, die neben dem Wert der Gebrauchsüberlassung ebenfalls zu vergüten ist, ist folgendes zu erwägen:

Der Lastkraftwagen mit Anhänger kostete 18 500 *RM*, der Lastkraftwagen ohne Anhänger 14 750 *RM*, also zusammen 33 250 *RM*. Der Fabriklistenpreis der beiden Wagen betrug nach Angabe der Kl. je 15 000 *RM*, der des Anhängers 4000 *RM*, also zusammen 34 000 *RM*. Nach Angabe des Bekl. waren die ihm berechneten Preise ungefähr die Fabriklistenpreise, möglicherweise mit einer kleinen Ermäßigung. Die Kl. selbst nimmt als Gemeinhandelswert zur Zeit der Lieferung für die beiden Wagen und den Anhänger 30 250 *RM* an, indem sie einen Konjunkturabschlag von 3000 *RM* abrechnete. Es ist daher dieser Betrag als Gemeinhandelswert zugrunde zu legen. Der Sachverständige hat den gemeinen Wert der beiden Wagen zur Zeit der Wegnahme auf je 4000 *RM* und den des Anhängers auf 500 *RM*, zusammen also auf 8500 *RM* berechnet. Da für die Feststellung der Wertminderung der gemeine Durchschnittswert der Wagen zur Zeit des Rücktrittes, also hier der Wegnahme der Wagen, maßgebend ist, kann hierfür nicht der Handelswert, den die Wagen für die Kl. als Automobilfabrik am Tag der Wegnahme hatten und den der Sachverständige auf je 1800 *RM* für jeden Lastkraftwagen und auf 500 *RM* für den Anhänger berechnete, in Ansatz kommen. Der Sachverständige hat die Wagen allerdings erst 2½ Jahre nach der Wegnahme gesehen, und da waren sie durch das grobe Verschulden der Kl., die die Wagen in völlig unsachgemäßer Weise im Freien aufbewahrt hatte, in sehr verkommenem Zustande. Der Sachverständige hat dies aber schon bei seiner Schätzung berücksichtigt, und das BG. hat keine Veranlassung, in die Richtigkeit der Schätzung Zweifel zu setzen. Übrigens ist angesichts der Tatsache, daß mit den Wagen 2½ Jahre lang Baumaterialien gefahren worden sind, das Vorbringen der Kl., daß die Wagen zur Zeit der Wegnahme stark mitgenommen waren, glaubhafter als die Behauptung des Bekl., daß sich die Wagen in einem ausgezeichneten Zustand befanden. Die Wertminderung zur Zeit der Wegnahme der beiden Wagen und des Anhängers ist sonach mit 21 750 *RM* anzunehmen.

Bezahlt wurde auf den Kaufpreis der beiden Wagen samt Anhänger nach der Behauptung der Kl. 25 282,07 *RM* und nach der Behauptung des Bekl. 28 880,87 *RM*. Was dem Bekl. weiter von der Kl. an mit dem Abzahlungsgeschäft und mit der Zahlung durch Wechsel zusammenhängenden Kosten, wie Finanzierungs- und Diskontspesen berechnet worden ist, kann als Zahlung des Bekl. auf den Kaufpreis nicht berücksichtigt werden, der Bekl. kann diese Beträge daher auch nicht von der Kl. zurückverlangen.

Nach Erörterung der Differenz in den beiderseitigen Angaben über die Zahlung kommt das BG. zu dem Ergebnis, daß eine Beweiserhebung sich aus den folgenden Ausführungen erübrigt:

Der Bekl. hat auf den Kaufpreis für die beiden Wagen und den Anhänger höchstens 26 866,87 *RM* bezahlt, so daß noch ein Rückstand von mindestens 6383,13 *RM* verbleibt.

Bei der Abgleichung der beiderseitigen Ansprüche gem. §§ 1, 2

---

die gezahlten Raten zurückzahlen, anderseits die Ware zurückerhalten und nur die infolge des Vertrages gemachten Aufwendungen ersetzt bekommen und eine Vergütung für den Gebrauch der Ware, deren Wertminderung erhalten sowie für etwaige Beschädigungen entschädigt werden.

Wenn das Gericht nun zu dem Ergebnis kommt, daß es nicht unbillig sei, wenn die Höhe der Ansprüche des Verkäufers aus § 2 AbzG. den Kaufpreis überschreitet, so widerspricht dies dem festgestellten Sinn und Zweck des AbzG.; denn damit räumt das Gericht dem Verkäufer einen Vorteil aus der Vertragsauflösung ein. Es führt auf einem Umwege die Verwirkungsklausel, deren Verhinderung der ganze Sinn des AbzG. ist, auf anderem Wege wieder ein.

Man könnte nun der Ansicht, die eine Überschreitung des Kaufpreises bei den Ansprüchen des Verkäufers als gegen den Sinn des AbzG. verstoßend erklärt, entgegenhalten, daß es bei ihr möglich sei, daß der Käufer einen Gewinn davontrüge, was auch dem § 2 AbzG. widerspräche, da diese Vorschrift nach den obigen Ausführungen einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen beider Parteien schaffen will. Man könnte darlegen, daß es bei längerem Besitz der Ware durch den Käufer möglich sei, daß er durch den dauernden Gebrauch einen Gewinn erzielt, der den Kaufpreis überschreiten kann.

Dieser Ansicht ist — wie der Verfasser in dem in Kürze erscheinenden NS.-Handbuch für Recht und Gesetzgebung bereits ausgeführt hat — „aber entgegenzuhalten, daß diesem evtl. Gewinn des Käufers kein Verlust des Verkäufers gegenübersteht, mit dem dieser nicht entweder von vornherein gerechnet hat oder den er hätte verhindern können. Besitzt der Käufer die Ware nämlich nur für die Zeit des Laufes des Abzahlungsvertrages, so ist von vornherein klar, daß der Verkäufer, wenn er nach Rücknahme der Ware auf Grund seiner Ansprüche den vollen Kaufpreis abzüglich des Wertes der zurückgegebenen Sachen erhält, keinen Verlust erleidet, mit dem er nicht von vornherein gerechnet hat; denn er hätte bei gleicher Zeit des Besitzverlustes, mit dem er ja rechnen mußte, bei voller Erfüllung des Kaufvertrages nicht mehr als den Kaufpreis erhalten. Besitzt der Käufer die Ware dagegen über die Dauer des Abzahlungsvertrages hinaus, so hat sich der Verkäufer den ihm etwa durch die längere Dauer des Besitzverlustes entstehenden Verlust selbst zuzuschreiben, weil er ja die Ware wegen Nichterfüllung zurückfordern und damit seinen Verlust verhindern kann. Der Verkäufer hat nämlich im Gegensatz zum Käufer ein Rücktrittsrecht, während dem Käufer ein solches nicht zusteht.

Da hiernach einem evtl. Gewinn des Käufers niemals ein Verlust des Verkäufers gegenübersteht, den dieser nicht entweder von vornherein mitberechnet hat oder den er hätte verhindern können, verlangt der vom § 2 AbzG. geforderte Ausgleich der Interessen beider Parteien niemals eine Überschreitung des Kaufpreises.

Daß dem Gericht bei seiner Ansicht, der Verkäufer könne bei einem Kaufpreis von 33 250 *RM* auf Grund des § 2 AbzG. sage und schreibe 43 250 *RM*! (21 500 *RM* für Gebrauchsüberlassung und 21 750 *RM* für Wertminderung) — also 10 000 *RM* mehr als den Kaufpreis — verlangen, nicht sehr wohl zumute ist, ergeben seine weiteren Ausführungen, die wörtlich lauten: „Es wäre im gegebenen Falle selbstverständlich unbillig, wenn die Kl. nun, da der Abzahlungsvertrag durch ihren Rücktritt aufgelöst worden ist, für Gebrauchsüberlassung und Wertminderung noch etwas von dem Bekl. herausverlangen kann."

[1]) JW. 1933, 907.

AbzG. ist folgendes zu erwägen: An sich hat die Kl. dem Bekl. die von diesem geleisteten Zahlungen im Betrage von 26 866,87 *RM* zurückzugeben. Andererseits hat der Bekl. der Kl. den Wert der Überlassung des Gebrauches im Betrage von 21 500 *RM* zu vergüten und weiter die Wertminderung im Betrage von 21 750 *RM* zu ersetzen, zusammen also 43 250 *RM*. Auch wenn man berücksichtigt, daß die Kl. die beiden Wagen und den Anhänger, die zusammen im Zeitpunkt der Wegnahme einen gemeinen Wert von 8500 *RM* hatten, zurückerhält, ergibt sich sonach, daß die Ansprüche der Kl. die Ansprüche des Bekl. übersteigen. Es wäre im gegebenen Falle selbstverständlich unbillig, wenn die Kl. nun, da der Abzahlungsvertrag durch ihren Rücktritt aufgelöst worden ist, für Gebrauchsüberlassung und Wertminderung noch etwas von dem Bekl. herausverlangen würde. Andererseits ist aber auch die Kl. nicht verpflichtet, wenn, wie hier, der Gesamtbetrag der von dem Bekl. bezahlten Kaufpreisraten und der gemeine Wert der Wagen zur Zeit ihrer Wegnahme den Betrag, den die Kl. für Gebrauchsüberlassung und Wertminderung der Wagen verlangen kann, nicht übersteigt, an den Bekl. von dem bezahlten Kaufpreis etwas zurückzugeben. Man kann es auch nicht als unbillig bezeichnen, daß die Kl. dann 26 866,87 *RM* (von dem Bekl. bezahlte Kaufpreisraten) und 8500 *RM* (Wert der Wagen) = 35 366,87 *RM* erhalten hat, während sie nur einen Anspruch auf einen Kaufpreis von 33 250 *RM* hatte. Denn hierbei ist zu bedenken, einmal, daß die Annahme, daß die Wagen noch einen Wert von 8500 *RM* hatten, immer nur auf Schätzung beruht, ferner aber, daß diese 8500 *RM* nur den gemeinen Wert der Wagen zur Zeit der Wegnahme darstellen, daß jedoch der Sachverständige ausdrücklich erklärt hat, daß für die Kl. als Automobilfabrik der Handelswert der beiden Lastkraftwagen nur je 1800 *RM* und des Anhängers 500 *RM*, insgesamt 4100 *RM* betragen hat. Hierbei sei noch darauf hingewiesen, daß die Wagen von dem Bekl. 2½ Jahre benützt worden sind und nach dem Gutachten im Falle schlechter Behandlung der Lastkraftwagen der Ansicht der Kl., daß eine Abschreibung der Fahrzeuge nach 3 Jahren vorgenommen zu werden pflegt, wohl das Wort geredet werden kann, aber bei normalen Voraussetzungen und pfleglicher Behandlung und Bedienung eines 5-to-Lastkraftwagens eine Lebensdauer von 4 Jahren nicht sehr hoch gegriffen ist.

Der Bekl. hat sonach kein Recht, die Zurückerstattung auch nur eines Teiles des von ihm bezahlten Kaufpreises Zug um Zug gegen Überlassung der Wagen an die Kl. zu beanspruchen (§ 3 AbzG.) und daher die Herausgabe der Wagen zu verweigern, solange ihm dieser Betrag nicht von der Kl. angeboten wird. Der bedingungslose Herausgabeanspruch der Kl. ist vielmehr gerechtfertigt.

(OLG. Nürnberg, 1. ZivSen., Urt. v. 12. Mai 1934, BerReg. Nr. L 493/32.)

Ber. v. RA. K. Berthmann, Nürnberg.

Hiermit widerspricht sich das Gericht selbst in ganz unlogischer Weise. Entweder hat die Verkäuferin die Ansprüche, oder sie hat sie nicht. Ob sie die Ansprüche durch Zahlungsverlangen oder durch Aufrechnung gegenüber dem Ratenrückzahlungsverlangen des Käufers geltend macht, ist „selbstverständlich" gleichgültig.

Daß das Gericht seine dargestellte Ansicht selbst nicht für sehr stichhaltig hält, ergeben auch seine weiteren Ausführungen, in denen es gleichsam für seine Ansicht Entschuldigungsgründe sucht, indem es anführt, der bei der Ermittlung der Wertminderung festgestellte Wert der zurückgegebenen Wagen von 8500 *RM* sei nur deren gemeiner Wert, daß „jedoch der Sachverständige ausdrücklich erklärt hat, daß für die Kl. als Automobilfabrik der Handelswert der beiden Wagen" nur 4100 *RM* betragen hat. Hier macht das Gericht den Fehler, daß es wieder einmal bei der Feststellung der Wertminderung die subjektiven Verhältnisse des Verkäufers einmengt, was — wie das RG. 138, 32 = JW. 1933, 907 festgestellt hat — dem Sinn des AbzG. widerspricht. Das Gericht hat den objektiven Wert der hingegebenen und der zurückgegebenen Ware klar festzustellen und daraus die Wertminderung zu errechnen. Hierauf haben beide Parteien einen Anspruch. Es geht nicht an, daß das Gericht eine Wertminderung feststellt, dann selbst aber sagt, daß diese evtl. nicht richtig sei. Wenn, wie vielleicht im vorl. Fall, der Sachverständige keinen ganz klaren Wert der zurückgegebenen Ware feststellen kann, so hat die Verkäuferin den Schaden zu tragen. Denn sie hat die Pflicht, die auf Grund einer EinstwVerf. zurückerlangten Waren pfleglich aufzubewahren. So durfte die Kl. im vorl. Fall die Wagen nicht einfach im Freien stehen und verkommen lassen. Wenn sie die Ware schlecht behandelt, so muß sie sich gefallen lassen, daß die Behauptung des Käufers, er habe die Ware pfleglich behandelt und ihre Wertminderung sei daher gering, als wahr unterstellt wird, weil sie die Ermittlung einer tatsächlichen Wertminderung unmöglich gemacht hat.

Die vorl. Entsch. zeigt in voller Klarheit, daß ein Ergebnis, bei dem die Ansprüche des Verkäufers aus § 2 AbzG. den Kaufpreis übersteigen, unbillig sein muß. Es wird jedem einfach und klar denkenden Menschen unverständlich sein, daß ein Käufer, der für eine Ware 33 250 *RM* zahlen soll, nun, ohne die Ware zu erhalten, 34 750 *RM* (43 500 weniger 8500 für die zurückgegebenen Wagen) — also 1500 *RM* mehr — zahlen soll, bloß deshalb, weil er von den 33 250 nur etwa 27 000 *RM* bezahlt hat. Würde der Bekl. der Kl. bei Vorlegung der EinstwVerf. noch schnell etwa 6000 *RM* gezahlt haben, so hätte er die Wagen behalten und noch 1500 *RM* gespart!

AGR. Dr. Karl-August Trisolli, Berlin.

Stettin

9. §§ 607, 242 BGB. Wer bei einer Sparkasse Einzahlungen auf ein Sparbuch macht, das er auf den Namen eines anderen stellen ließ, ist zwar selbst Gläubiger des dadurch geschaffenen Guthabens, wenn nicht aus besonderen Sachzusammenhängen der Tatbestand eines Vertrages zugunsten des Dritten oder der einer Abtretung zu entnehmen ist. Daß er auch als Gläubiger behandelt werde, kann er jedoch von der Sparkasse erst verlangen, nachdem er ihr das Einverständnis des anderen nachgewiesen oder ein es ersetzendes Urteil gegen jenen vorgelegt hat.

Die Kl. hat bei der Städtischen Sparkasse in St., der Bekl., Einzahlungen auf ein Sparkonto gemacht, über das ein Sparkassenbuch auf den Namen ihres minderjährigen Großneffen Karl Heinz K. ausgestellt wurde. Sie hat stets das Sparbuch und die Kontrollmarke in ihrem Besitz behalten. Auf Antrag des Vaters des Großneffen sperrte die Bekl. das Sparbuch. Als die Kl. eine Abhebung machen wollte, verweigerte die Bekl. die Zahlung. Die Kl. klagte auf Feststellung, daß sie berechtigt sei, über das Sparbuch zu verfügen. Sie trug vor: Sie habe das Sparbuch für ihren Großneffen mit dem Willen angelegt, daß das Verfügungsrecht über das Guthaben bis zu ihrem Tode unbeschränkt ihr selbst zustehen solle. Sie habe ihm das Gutachten auch nicht abgetreten. Die Bekl. bat um Klageabweisung. Sie berief sich auf Best. ihrer Satzung, machte geltend, Karl Heinz K. habe das Gläubigerrecht unmittelbar nach § 328 BGB. erworben, die Kl. habe ihm auch die eingezahlten Beträge geschenkweise abgetreten, und trug vor, sie selbst sei zur Entsch. der Frage, wer empfangsberechtigt sei, nicht in der Lage; es müsse der Kl. und dem Karl Heinz K. überlassen bleiben, den Streit untereinander zur Entsch. zu bringen.

Die Klage ist abgewiesen worden.

Die Rechtsgrundlage der Klage bildet der durch die Einzahlung des Geldes bei der Sparkasse mit dieser abgeschlossene Darlehnsvertrag (§ 607 BGB.). Die Parteien streiten darüber, ob die Kl. hieraus selbst Gläubigerrechte herleiten kann, nachdem sie das Sparbuch sogleich bei der ersten Einzahlung auf den Namen ihres minderjährigen Großneffen hat anlegen lassen. Dies wäre dann nicht der Fall, wenn die Kl. dadurch entweder den Karl Heinz K. sofort unmittelbar berechtigt oder wenn sie ihm das Guthaben später abgetreten oder geschenkt hätte. Es mag sein, daß nach der Lage dieses Rechtsstreits weder das eine noch das andere für erwiesen zu halten wäre, wobei folgendes zu erwägen wäre:

Die Ausstellung eines Sparbuches für den Namen eines Dritten beweist für sich allein noch nicht, daß der Dritte der Gläubiger sein soll. Lediglich dadurch, daß jemand mit eigenem Gelde ein Sparkassenbuch auf den Namen eines andern anlegt, kommt jedenfalls ein Vertrag zugunsten eines Dritten i. S. des § 328 BGB. nicht zustande. Denn die Sparkasse will den Vertrag nur mit dem wirklichen Darlehnsgeber abschließen, und wer als solcher der Sparkasse gegenüber zu betrachten ist, ist stets unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles nach dem erkennbaren Willen des Einzahlers zu prüfen.

Die Umstände des vorl. Rechtsstreits würden hiernach für die Gläubigerschaft der Kl. sprechen. (Wird ausgeführt.)

Für eine spätere Abtretung der Forderung wie auch für eine Schenkung des Guthabens an den Minderjährigen liegen, insbes. auch nach der Aussage des Zeugen K., keine genügenden tatsächlichen Anhaltspunkte vor, so daß die Kl. auch heute noch als Gläubigerin der Sparkasse aus dem Darlehnsvertrage erscheint.

Trotzdem kann die Kl. mit der erhobenen Klage nicht durchdringen. Denn es ist ein anerkannter Grundsatz und tragender Pfeiler des geltenden Rechts, daß vertragliche Leistungen so zu erfüllen sind, ihre Erfüllung aber auch nur so verlangt werden kann, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§ 242 BGB.). Nach Treu und Glauben ist es aber der Bekl. nicht zuzumuten, das Guthaben an die Kl. auszuzahlen, nachdem der gesetzliche Vertreter des Namensträgers des Sparbuches das Konto hat sperren lassen. Denn bei dieser Sachlage bestand für sie die Gefahr eines Anspruchs seitens eines anderen, des wahren Berechtigten, nämlich für den Fall, daß die Kl. nicht die wirkliche Gläubigerin der Forderung war. Das mußte der Sparkasse zweifelhaft sein. Sie war von sich aus weder verpflichtet noch in der Lage, die Frage der Gläubigerschaft mit einiger Sicherheit zutreffend zu entscheiden.

Die Berechtigung zur Zahlungsverweigerung ergibt sich in solchem Falle allerdings nicht, wie die Bekl. meint, aus den Best. der §§ 14, 17, 18 ihrer Satzung. (Wird ausgeführt.)

Bei dieser Sachlage konnte die Bekl. billigerweise verlangen, daß ihr, ohne daß sie eigene Anstrengungen zu machen hatte, zunächst die Berechtigung der die Auszahlung begehrenden Kl. eindeutig und unzweifelhaft nachgewiesen wurde, indem diese etwa eine Einwilligungserklärung des Zeugen K. vorlegte. Hierzu war die Kl. freilich nicht in der Lage. Das hätte sie nötigen müssen, den Zeugen K. auf diese Einwilligung zu verklagen und unter Vorlegung des obsiegenden Urt. von der Bekl. erneut die Auszahlung zu verlangen. Denn nachdem die Kl. mit eigenem Gelde ein Sparkassenbuch auf einen fremden Namen angelegt hat, ohne sich dabei der Sparkasse gegenüber ausdrücklich das alleinige Gläubiger- und Verfügungsrecht an dem Guthaben vorzubehalten (vgl. KG.: OLG. 22, 158), muß sie nach Treu und Glauben selbst die Folgen dieser von ihr hervorgerufenen Unklarheit beseitigen, ehe sie beanspruchen kann, als Gläubigerin behandelt zu werden. Da dieser Gesichtspunkt das von ihr geltend gemachte Forderungsrecht unmittelbar betrifft, hindert er nicht nur den Erfolg der Leistungsklage, sondern steht er auch der von der Kl. begehrten Feststellung entgegen.

Die Bedeutung dieser Erwägungen wird auch nicht durch den Gesichtspunkt ausgeschaltet, daß die Bekl. irgendwann ja doch zahlen müsse und daß es ihr gleichgültig sein könne, an wen sie zahle, wenn sie nur durch die Zahlung selbst befreit werde, was nach § 808 Abs. 1 Satz 1 BGB. der Fall sei. Ob diese Vorschr., nachdem der Streit über die Gläubigerschaft offenbar geworden ist, die Bekl. noch vor der Gefahr, zweimal zu leisten, schützen könnte, mußte ihr mindestens zweifelhaft sein, und könnte übrigens — nach Maßgabe der Rechtskraftwirkung dieses Urt. — in diesem Rechtsstreit, jedenfalls ohne Streitverkündung, überhaupt nicht mit der Wirkung entschieden werden, daß auch Karl-Heinz K. gegenüber der Bekl. an das Urt. gebunden wäre.

Es war der Bekl. auch nicht zuzumuten, sich durch Hinterlegung des gesamten Betrages unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme — sei es auf Grund von § 75 ZPO. oder §§ 372, 378 BGB. — von ihrer Verbindlichkeit zu befreien. Denn damit hätte sie mehr geleistet, als die Kl., die den Betrag im Ganzen nicht ohne Kündigung abheben konnte, verlangen konnte. Aber abgesehen davon ist nach dem Ausgeführten eine Befugnis der Kl., ihre Gläubigerschaft geltend zu machen, so lange nicht gegeben, als sie den Sachverhalt nicht in einer Weise klargestellt hat, die jede Beschwernis für die Bekl. ausschließt. Die Bekl. kann daher nicht genötigt werden, sich zur Entsch. über die Gläubigereigenschaft der Kl. im Rechtsstreit darzubieten.

(OLG. Stettin, 1. ZivSen., Urt. v. 3. Juli 1934, 1 U 90/34.)

Ber. von OLGR. Bechmann, Stettin.

Zu 1. Die Entsch. fordert die öffentliche Kritik heraus, weil sie auf Grundsätzen beruht, die die zur Säuberung des Handelsregisters von erloschenen Firmen und leeren Gesellschaftsmänteln seit einem Jahrzehnt eingeleitete Entwicklung völlig lahm zu legen drohen und mit dem Sinn des Gesetzes, wie er von der Rspr. des KG. entwickelt ist und von der Gesetzgebung des Dritten Reichs fortgeführt wird, in Widerspruch stehen.

Obwohl die Frage des „Erlöschens einer Firma" und der rechtlichen Behandlung der „Gesellschaftsmäntel" in ihren Unterschieden und Gemeinsamkeiten in letzter Zeit mehrfach Gegenstand literarischer Untersuchung gewesen ist (vgl. z. B.: JurRdsch. 1933, 85 ff.; JW. 1934, 937 ff. sub III., und 941 sub 1, 944 sub b), sieht man sich in obiger Entsch. vergebens nach einer klaren Stellungnahme zu diesen grundlegenden Fragen um. Die rechtliche Begr. ist überdies unzutreffend. Richtig ist lediglich der Obersatz: „Das (Löschungs-)Verfahren ist nur begründet, wenn die Gesellschaft erloschen ist." Der zweite Satz, der die Folge des Erlöschens an die Alternative „Betriebseinstellung oder Vermögenslosigkeit" knüpft, ist unrichtig, weil Vorhandensein noch so geringen Vermögens eine die Löschung hindernde Liquidation erforderlich macht (KG. 1 b X 423/30); er ist obendrein, obwohl falsch, nicht folgerichtig durchgeführt, weil die Frage, ob infolge der „Bereitstellung von Mitteln" seitens des Geschäftsführers die Gesellschaft selbst aktives „Vermögen" besitzt, offengelassen ist. Die Frage endlich, ob eine vermögens- und betriebslos gewesene Kapitalgesellschaft überhaupt „ruhen" konnte, ist nicht untersucht. Die Folge mußte eine Fehlentscheidung sein.

Wann eine Firma „erlischt", ist vom Gesetz selbst in §§ 31 Abs. 2, 302 Abs. 1 HGB. und im GmbHG. bekanntlich nicht entschieden (JW. 1934, 941 sub 1). Während die Einzelfirma unbestritten mit endgültiger Einstellung des Gewerbebetriebes erlischt, erlischt die Firma einer juristischen Person nach ständiger Judikatur erst mit völliger Vermögenslosigkeit „und" Nichtfortsetzenwollen des gesellschaftlichen Lebens, das sich in der Regel in der Betriebseinstellung offenbart (JFG. 4, 179 ff. = JMBl. 1927, 175 ff.). „Weigerung" des Geschäftsführers — mag er auch Gesellschafter sein — die Firma löschen zu lassen, ist noch nicht „Fortsetzenwollen des gesellschaftlichen Lebens" zu gemeinsamem satzungsgemäßen Zwecke (§ 705 BGB.), sondern in der Regel lediglich Absicht künftiger Mantelverwertung für einen neuen gleichen oder anderen Zweck (KG. 1 b X 474/32). Den Ausgangspunkt für die Deduktion des KG. bilden die Liquidationsvorschr. (§§ 301, 292 ff. HGB., §§ 73, 60 ff. GmbHG.), das Schlußstück die Erkenntnis, daß im Falle der völligen Vermögenslosigkeit das Ziel der Liquidation, die Zerstörung der vermögensrechtlichen Grundlage der Kapitalgesellschaft, bereits erreicht ist. Diese Grundsätze hat das LG. in Verkennung des Sachverhalts nicht angewendet: denn die Gründe der Entsch. ergeben, daß die Wiederaufnahme des seit „mehreren Jahren" bereits eingestellt gewesenen Betriebs der völlig vermögenslos gewordenen Kapitalgesellschaft „nur durch die Bereitstellung von Mitteln durch den Geschäftsführer D. möglich gewesen" ist. Die Firma war also bereits vor „mehreren Jahren" infolge völliger Zerstörung ihrer Vermögensgrundlage und Betriebseinstellung endgültig „erloschen" nach § 31 Abs. 2 HGB. Damit war sie tot, wie eine natürliche Person und blieb tot: auch im Falle der erst nachträglichen Löschung im Handelsregister, die lediglich deklaratorische Bedeutung hat, würde der Zeitpunkt des Erlöschens „immer auf den Zeitpunkt zurückzuverlegen sein, in dem die Vermögensgrundlage der Gesellschaft beseitigt war" (JFG. 4, 178 ff.). Schon aus diesem Grunde hätte die sofortige Beschw. zurückgewiesen werden müssen.

Dadurch, daß dies nicht geschehen ist, ergibt sich eine zweite folgenschwere Fehlerquelle der Entsch.: Die GmbH. besteht jetzt ohne tatsächliches Stammkapital als angebliche Kapitalgesellschaft weiter. Denn das „eingetragene" Stammkapital einer GmbH., die den Betrieb lediglich auf Grund des rückzahlbaren Darlehns des Geschäftsführers aufnimmt, hat nur fiktive Bedeutung, zumal die Gewinnhoffnung, die zur Wiederauffüllung des Stammkapitals führen könnte, problematisch bleibt. Dadurch werden die Gläubiger, die durch den Ausschluß der unmittelbaren Haftung der Gesellschafter ein Recht auf Inanspruchnahme des Stammkapitals erworben haben, geschädigt (§§ 30 Abs. 1, 5 Abs. 1, 7 Abs. 2, 8 Abs. 2, 57 Abs. 2, 58 Ziff. 4, 73 GmbHG.; JFG. 10, 152 ff., 156). Denn diese finden gegebenenfalls nichts vor. Es ist also hier lediglich „die durch die GmbH-Anteile verkörperte äußere Rechtsform einer als juristische Person bestehenden Kapitalgesellschaft, die in Ermangelung eines von ihr betriebenen Unternehmens und in Ermangelung eines zur Wiederaufnahme ausreichenden Vermögens keine wirtschaftliche Bedeutung mehr" hatte (KG. 1 b X 304/32), unter Zuhilfenahme eines Darlehns zur bloßen Betriebsaufnahme mißbräuchlich verwertet. Das ist Verwertung eines leeren Gesellschaftsmantels. Diese ist nach feststehender Judikatur des KG. unsittlich (§ 138 Abs. 1 BGB.) und, weil sie die Vorschr. über die Bereitstellung eines Mindeststammkapitals verletzt, gesetzwidrig (§ 134 BGB.; vgl. JW. 1924, 1535; JFG. 2, 206 = JW. 1925, 635; JFG. 3, 193; 1 b X 423/30). Nach JFG. 10, 157 ist es insbes. unerheblich, daß der Mantel durch die bisherigen Gesellschafter für den bisherigen Gegenstand des Unternehmens verwendet wird. Über diese Grundsätze setzt sich das LG. hinweg. Ein „Ruhen" des Betriebes bei gleichzeitiger völliger Vermögenslosigkeit ist also bei Kapitalgesellschaften, worauf der Unterzeichnete schon mehrfach hingewiesen hat (JW. 1934, 944 sub b; JurRdsch. 33, 88 sub 5), tatsächlich und rechtlich nicht möglich, weil die Firma bereits „erloschen" ist und die Betriebsaufnahme auf Grund nachträglich zugeführten Eigen- oder Fremdkapitals außerdem die nichtige Verwertung eines Mantels darstellt, die nach § 37 HGB. auch als Firmenmißbrauch zu ahnden ist und den Gläubigern gegenüber nach §§ 823 ff., 826 BGB. zum Schadensersatz verpflichtet. Die trotzdem erfolgte Betriebsaufnahme ist die Führung einer nicht eingetragenen und

Berlin — Landgerichte

1. § 31 Abs. 2 HGB. Eine GmbH., die jahrelang ihren Geschäftsbetrieb infolge Vermögenslosigkeit eingestellt hatte, ist nicht erloschen. †)

Das AG. hat den Geschäftsführer der Gesellschaft durch die Vfg. v. 21. Juni 1934 aufgefordert, das Erlöschen der Gesellschaft, die ihren Geschäftsbetrieb eingestellt hat und vermögenslos sei, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Gegen diese Vfg. hat der Geschäftsführer Einspruch eingelegt. Dieser ist durch den Beschl. v. 11. Aug. 1934 verworfen worden; zugleich ist die angedrohte Ordnungsstrafe festgesetzt worden. Dieser hat frist- und formgerecht Beschw. erhoben.

Die Beschw. ist begründet.

Das von dem AG. gegen den Geschäftsführer der Gesellschaft eingeschlagene Verfahren ist nur begründet, wenn die Gesellschaft erloschen ist. Dies wäre sie dann, wenn sie ihren Betrieb eingestellt hätte oder vermögenslos wäre. Nun haben zwar die Er-

mittlungen der Industrie- und Handelskammer ergeben, daß die Gesellschaft mehrere Jahre hindurch ihren Betrieb eingestellt hatte, doch hat die Nachprüfung der zur Begr. der Beschw. vorgetragenen Tatsachen ergeben, daß der Betrieb jetzt wieder aufgenommen worden sei. Daß dies nur durch die Bereitstellung von Mitteln durch den Geschäftsführer möglich gewesen sei, ist für die hier zu entscheidenden Fragen bedeutungslos. Jedenfalls hat die Kammer die Überzeugung erlangt, daß das Stilliegen des Betriebes — trotz der langen Zeit — nur vorübergehend war, die Firma also noch nicht erloschen ist.

Der Beschwerderichter hält es für angebracht, der Gesellschaft und ihrem Geschäftsführer noch einmal Gelegenheit zu geben, den Betrieb der Gesellschaft wieder voll in Gang zu bringen. Wenn allerdings neue Ermittlungen, die zweckmäßigerweise in ungefähr zwei Jahren anzustellen wären, ergeben würden, daß der Betrieb der Gesellschaft sich doch nicht entwickelt habe, müßte dann die Löschung der Firma erfolgen.

(LG. Berlin, Beschl. v. 21. Sept. 1934, 408 T 12733/34 [247].)

*

2. § 19 ArbOG. Der Treuhänder der Arbeit ist nicht berechtigt, ein Zahlungsmoratorium für die Gläubiger einer Firma bindend festzusetzen. †)

Die Bekl. macht geltend, daß die von der Kl. erhobene Forderung aus Warenlieferungen jetzt nicht eingeklagt werden könne. Der Treuhänder der Arbeit für das Wirtschaftsgebiet Süd-West habe mit Bestätigung des Bad. Fin.- und WirtschaftsMin. einen Sonderbeauftragten für die Firma Sch. ernannt und diesen Sonderbeauftragten u. a. ermächtigt und beauftragt, im Interesse der Aufrechterhaltung des Betriebes und der Arbeitsplätze der Betriebsbelegschaft sofort mit den Gläubigern der Firma Vergleichsverhandlungen aufzunehmen und zu diesem Zwecke ein Zahlungsmoratorium für die Firma bis zur Klärung ihrer finanziellen Verhältnisse zu erklären. Das Zahlungsmoratorium sei von dem Sonderbeauftragten erklärt worden. Ebenso seien Vergleichsverhandlungen mit den Gläubigern aufgenommen worden, und viele hätten bereits dem Vergleichsvorschlag des Sonderbeauftragten zugestimmt.

Es konnte dahingestellt bleiben, ob der Sonderbeauftragte eines Treuhänders der Arbeit ein Zahlungsmoratorium für innerbetriebliche Verhältnisse rechtswirksam erklären kann. Eine solche Moratoriumserklärung kann jedenfalls keine rechtliche Wirksamkeit für das Verhältnis zu den Gläubigern des Betriebes haben.

Die Vollmacht des Sonderbeauftragten wird in der Erklärung des Treuhänders für das Wirtschaftsgebiet Süd-West v. 14. April 1934 und in der Entschließung des Bad. Wirtschafts- u. FinMin. v. 10. April 1934 ausdrücklich auf § 2 Abs. 2 des Ges. über Treuhänder der Arbeit v. 19. Mai 1933 (RGBl. I, 285) gestützt, nach dem die Treuhänder für die „Aufrechterhaltung des Arbeitsfriedens" zu sorgen haben. Das Gesetz gilt nach den Einleitungsworten „bis zur Regelung der Sozialverfassung". Durch das Ges. zur Ordnung der nationalen Arbeit v. 20. Jan. 1934 (RGBl. I, 45) ist das Ges. über Treuhänder der Arbeit außer Kraft gesetzt werden (§ 65 Ziff. 8). § 19 des Ges. zur Ordnung der nationalen Arbeit enthält dieselbe Regelung des früheren § 2 Abs. 2: Die Treuhänder haben für die Erhaltung des Arbeitsfriedens zu sorgen. In Ausführung dieser Best. werden in den folgenden acht Ziffern die Befugnisse des Treuhänders der Arbeit umrissen. Es sind hier nur Befugnisse zur Regelung des innerbetrieblichen Verhältnisses zwischen Unternehmer und Angestellten und Arbeitern, zwischen dem Führer des Betriebes und der Gefolgschaft, und allgemeine sozialpolitische Befugnisse erwähnt. Der Treuhänder der Arbeit hat hiernach einen „sozialpolitischen" Wirkungsbereich. Die Wirksamkeit von Kündigungen und Stillegungen kann er nach § 20 des Ges. aufschieben, nie aber aufheben. Er hat demnach auch keine mittelbare Einwirkungsmöglichkeit auf die rein wirtschaftliche Entwicklung des Betriebes. Aus all dem geht hervor, daß er auf das schuldrechtliche Verhältnis zu den Gläubigern des Betriebes jedenfalls Einfluß hat.

Andere Aufgaben (§ 19 Abs. 2) waren und sind den Treuhändern der Arbeit — abgesehen von dem Gesetz über die Übertragung der Restaufgaben der Schlichter, das auch keine Möglichkeit der Einwirkung auf die schuldrechtlichen Beziehungen zu den Betriebsgläubigern gab — nicht übertragen worden.

Der Treuhänder der Arbeit konnte also kein Zahlungsmoratorium mit Wirksamkeit gegenüber den Gläubigern der Firma Sch. erklären.

---

daher nichtexistierenden GmbH. (§ 11 Abs. 2 GmbHG.), die mit der erloschenen, wenn auch noch nicht gelöschten Firma nicht das geringste zu tun hat.

Diese Grundsätze sind vom KG. bereits seit der Inflationszeit, die dem überwundenen Liberalismus angehört, aus Sinn und Zweck des Gesetzes entwickelt und entsprechen auch nationalsozialistischer Rechtsauffassung. Das beweist am besten das Gesetz über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften v. 9. Okt. 1934 (RGBl. I, 914). Dieses geht sogar noch weiter. Denn es ordnet u. a. in § 2 schon bei bloßer „Vermögenslosigkeit" die liquidationslose Amtslöschung an: „Fortsetzenwollen des gesellschaftlichen Lebens", insbes. „Betriebsaufnahme" bildet also für die Zukunft kein Hindernis mehr. Damit ist jetzt gesetzlich anerkannt, daß es bei vermögenslosen Kapitalgesellschaften kein „Ruhen" des Betriebes gibt, und damit ist gerade das, was das LG. für „bedeutungslos" gehalten hat, für erheblich erklärt. So führt von der Rspr. des KG. zur Gesetzgebung des Dritten Reiches eine gerade Linie.

AGR. Groschuff, Berlin.

Zu 2. Die Entsch. ist richtig.

Das Ges. über Treuhänder der Arbeit v. 19. Mai 1933 (RGBl. I, 285) hatte zwar für die Übergangszeit den Treuhändern die ganz allgemeine Befugnis übertragen, für die Aufrechterhaltung des Arbeitsfriedens zu sorgen. Gerade weil aber aus dieser unbestimmten und dehnbaren Fassung sich Schwierigkeiten ergeben konnten, hat das ArbOG. die Befugnisse des Treuhänders genau abgegrenzt. Die Grundlage für dessen rechtliche Stellung bildet nunmehr § 19 ArbOG. Mit den Eingangsworten dieser Gesetzesbestimmung — „Die Treuhänder der Arbeit haben für die Erhaltung des Arbeitsfriedens zu sorgen" — wird anders als im Ges. v. 19. Mai 1933 jetzt nur noch der allgemeine Leitgedanke bezeichnet; die einzelnen Aufgaben des Treuhänders sind in § 19 Abs. 1 ArbOG. unter Nr. 1—8 und in weiteren Best. dieses Gesetzes erschöpfend aufgezählt (§§ 9, 14 ff., 23 ff., 32, 41, 43, 48 f.). Natürlich kann der Aufgabenkreis durch andere Gesetze noch ausgedehnt werden, wie das z. B. durch §§ 19, 24 ff., 36 HeimarbG. v. 23. März 1934 (RGBl. I, 214) und §§ 5, 14 Abs. 2 ArbZO. i. d. Fass. v. 26. Juli 1934 (RGBl. I, 804) geschehen ist. Außerdem sind durch § 19 Abs. 2 ArbOG. der RArbM. und der RWiM. ermächtigt, „im Rahmen der Gesetze" den Treuhändern der Arbeit weitere Aufgaben zu übertragen; damit ist gesagt, daß die beiden Ministerien durch gemeinsame Verwaltungsanordnung dem Treuhänder allgemein (und wohl auch für einen Einzelfall) Befugnisse übertragen können, für die nach den bestehenden Gesetzen nicht bereits die Zuständigkeit einer anderen Stelle (Gericht oder Verwaltungsbehörde) begründet ist. Beliebige Eingriffe in das Wirtschaftsleben sind dem Treuhänder also nicht gestattet, sondern er ist an die durch Gesetz und Verwaltungsanordnung gezogenen Grenzen seiner Zuständigkeit streng gebunden (vgl. Mansfeld-Pohl zu § 19 ArbOG. Bem. 1; Dersch zu § 19 Bem. 2).

Es unterliegt hiernach keinem Zweifel, daß im vorl. Fall der Treuhänder ebenso wie sein Sonderbeauftragter (dem er ja nur die ihm selbst obliegenden Aufgaben übertragen konnte) nicht in der Lage war, ein Zahlungsmoratorium mit rechtlicher Wirkung für die Gläubiger einer Firma festzusetzen. Auch für innerbetriebliche Verhältnisse — die Entsch. läßt dies dahingestellt — hätte ein solches Moratorium wirksam nicht erklärt werden können.

Das Recht zur Nachprüfung der Treuhänderanordnung hat das LG. zutreffend für sich in Anspruch genommen. Vielleicht hätte hierzu ein Wort der Begr. gesagt werden sollen. Das richterliche Nachprüfungsrecht gegenüber den Anordnungen des Treuhänders der Arbeit, die sich als Verwaltungsakte darstellen, ist nicht schlechthin unbeschränkt. Das Gericht hat nur zu prüfen, ob der Treuhänder seine Zuständigkeit überschritten oder ob er zwingende Formvorschriften verletzt hat; solchenfalls ist seine Anordnung als nichtig zu behandeln. Dagegen ist die Zweckmäßigkeit der getroffenen Maßnahmen von den Gerichten nicht nachzuprüfen (vgl. Mansfeld-Pohl zu § 22 Bem. 4 a. E.; Dersch zu § 18 Bem. 7 b). Besonderes wird für die vom Treuhänder erlassene Tarifordnung zu gelten haben; um eine solche handelt es sich indessen hier nicht.

Die Rspr. ist bisher geneigt gewesen, die richterliche Nachprüfung der Wirksamkeit von Verwaltungsakten in ziemlich weitem Umfang in Anspruch zu nehmen, und die Wissenschaft hat dem z. T. zugestimmt, weil wegen des Fehlens verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes für die sog. privatrechtgestaltenden Staatsakte des Arbeitsrechts ein besonders weitgehendes richterliches Nachprüfungsrecht notwendig sei (Nipperdey: BenshSamml. 5, 269, 270; dagegen die herrschende Lehre, besonders Erwin Jacobi: JW. 1929, 1276 ff.). Ob die heutige Staatsauffassung dazu führen wird, daß die Rspr. ihre „justizstaatliche Tendenz" aufgibt und sich zu dem Standpunkt der herrschenden Lehre zurückfindet, läßt sich jetzt wohl noch nicht voraussagen. Die vorl. Entsch. steht jedenfalls auch mit der herrschenden Auffassung der Verwaltungsrechtslehre in Einklang.

RA. Dr. W. Oppermann, Dresden.

Seinem Sonderbeauftragten konnte er auch nur seine eigenen Befugnisse übertragen. Dies ist jetzt auch in § 21 des Ges. zur Ordnung der nationalen Arbeit gesagt.

Hiernach hat die Erklärung eines Zahlungsmoratoriums durch den Sonderbeauftragten auf das zwischen den Parteien bestehende Schuldverhältnis keine rechtliche Wirkung.

(LG. Berlin, 2. KfH., Urt. v. 19. Juni 1934, 402 O 63/34.)

Eingef. von RA. Dr. Sarre, Berlin

*

Bochum

3. Erklären die Allgemeinen Versicherungsbedingungen den, der den Tod vorsätzlich verursacht hat, seiner Ansprüche für verlustig, so steht die Versicherungssumme nicht etwa dem nächsten nach den Bedingungen Anspruchsberechtigten, sondern den Erben des Versicherten zu. †)

Der Kl. ist Verwalter im Konkurse über den Nachlaß der verstorbenen Eheleute P. jun. Die Bekl. sind die Eltern der verstorbenen Ehefrau P. jun. Am 10. Okt. 1932 hat der Ehemann P. jun. nach einer Auseinandersetzung zunächst das Kind, sodann seine Ehefrau und sich selbst erschossen. Die Ehefrau starb allerdings erst einen Tag später als ihr Mann. Auf Antrag aller Erben der Eheleute P. jun. wurde über das Vermögen beider Eheleute der Nachlaßkonkurs eröffnet. Die Ehefrau P. war als Bezieher einer Zeitschrift bei einer Versicherungsgesellschaft gegen Unfall mit tödlichem Ausgang mit 3000 GM. und für den natürlichen Todesfall mit 300 GM. versichert. Nach § 9 Abs. 3 der Versicherungsbedingungen verlieren Personen, die den Tod des Versicherten vorsätzlich oder grobfahrlässig herbeiführen, dadurch ihre sämtlichen Ansprüche. Anspruchsberechtigt sind nach Abs. 4 des § 9 in erster Linie der Ehegatte, für den Fall, daß dieser nicht mehr lebt, die ehelichen Kinder und für den Fall, daß weder ein Ehegatte noch eheliche Kinder vorhanden sind, die Eltern. Auf die für die Ehefrau P. fällig gewordene Versicherungssumme erhoben sowohl deren Eltern als auch der Konkursverwalter Anspruch. Sie wurde darauf zugunsten der Streitenden hinterlegt. Der Klage des Konkursverwalters gegen die Eltern der Ehefrau P. auf Einwilligung in die Auszahlung an ihn gab das LG. mit folgender Begr. statt:

Durch die Schußverletzung der Eheleute ist der Versicherungsfall eingetreten. Nach § 9 Abs. 3 der Versicherungsbedingungen hat der Ehemann seine sämtlichen Ansprüche verloren, da er selbst den Tod herbeigeführt hat. Damit wird aber die Versicherung nicht befreit, sondern es ist so anzusehen, als wenn die Bezeichnung des Anspruchsberechtigten nicht erfolgt wäre. Da der Ehemann z. B. des Eintritts des Versicherungsfalles noch lebte, tritt nicht ohne weiteres einer der im § 9 genannten Bezugsberechtigten an die Stelle. Da die Versicherungsbedingungen keine Vorschr. darüber enthalten, wem in diesem Falle ein Recht zum Bezuge zusteht, sind die Vorschr. des VVG. heranzuziehen. Nach den §§ 180, 168 soll im Falle der Kapitalunfallversicherung die Versicherung dem Versicherungsnehmer zustehen. Hier handelt es sich aber um eine Fremdversicherung, da der Versicherungsnehmer die Versicherung im Interesse seiner Abonnenten abgeschlossen hat. § 75 VVG. findet daher Anwendung. Demgemäß fallen die Rechte des Bezugsberechtigten, der aus irgendeinem Grunde einen Anspruch auf die Versicherungssumme nicht erwirbt, bei einer Versicherung auf den Todesfall in den Nachlaß des Versicherten. Sie stehen also dem Erben, hier dem Konkursverwalter, zu.

(LG. Bochum, 2. ZK., Urt. v. 17. Nov. 1933, 2 O 339/33.)

Ber. von RA. Dr. Bartels, Bochum.

*

4 §§ 138, 826 BGB.; § 811 ZPO.

1. Die Sicherungsübereignung unentbehrlicher Gegenstände verstößt nur unter besonderen Umständen gegen die guten Sitten.

2. Auch der Klage auf Herausgabe solcher Gegenstände steht nicht der Einwand der Sittenwidrigkeit oder der § 811 ZPO. entgegen.

Die Bekl. waren Mieter in einem Hause des Kl. Sie schuldeten diesem noch einen Betrag von 184,47 *RM* an rückständiger Miete. Wegen dieses Betrages hatten die Parteien im September 1931 einen Sicherungsübereignungsvertrag geschlossen, wonach verschiedene Gegenstände dem Kl. für seine Forderung übereignet worden waren. Die Gegenstände waren den Bekl. leihweise weiter überlassen worden. Der Kl. hat nun nach den Best. dieses Vertrages Zahlung der rückständigen Miete oder Herausgabe der übereigneten Möbel verlangt.

In der BerInst. war nur noch der Herausgabeanspruch streitig. Das LG. hat auch ihm mit folgender Begründung stattgegeben:

Der Kl. verlangt auf Grund eines Sicherungsübereignungsvertrages Herausgabe der ihm übereigneten Möbel. Die Bekl. wenden ein, die Gegenstände seien zur Fortführung ihres Haushaltes unent-

---

Zu 3. A. 1. Das Urt. des LG. Bochum behandelt einen gleichartigen Fall wie die Entsch. des RG. v. 24. Okt. 1933: JW. 1933, 2836. In beiden Fällen hatte jemand zuerst seinen Ehegatten und dann sich selbst erschossen. Der Getötete starb aber erst später als der Täter. Das RG. untersucht nicht, ob der Versicherungsfall schon im Augenblick der Verletzung oder erst im Zeitpunkt des Todes eintritt, während das LG. Bochum das erste annimmt. M. E. ist dem LG. Bochum zuzustimmen. Denn Versicherungsfall ist bei der Unfallversicherung, um die es sich hier handelt, der Unfall selbst, nicht aber die erst später eingetretene Folge. Der Tod des Versicherten ist nur die Bedingung dafür, daß eine Entschädigung gerade in der besonderen Höhe eintritt. Darin liegt der Unterschied zur gewöhnlichen Sterbeversicherung. Betrachtet man aber die Verletzung des Versicherten als das maßgebende Ereignis, dann hat der Täter bei Eintritt des Versicherungsfalles noch gelebt.

2. Es entsteht also die Frage, was rechtens ist, wenn der nach den Versicherungsbedingungen zunächst Berufene z. B. des Versicherungsfalles zwar noch lebt, aber deshalb nicht den Anspruch auf die Versicherungssumme erworben hat, weil er den Versicherten vorsätzlich getötet hat. Dieser Fall ist in der Rspr. schon einmal behandelt worden. Das LG. Bochum schließt sich in seiner ziemlich kurzen Begr. der Entsch. des KG. v. 25. Mai 1927: JurRdschPrVers. 1927, 226 an und läßt die Versicherungssumme in diesem Falle an die Erben des Versicherungsnehmers fallen. Nach den Versicherungsbedingungen erlischt in einem solchen Falle der Versicherungsanspruch nicht schlechthin, sondern es tritt nur die Folge ein, daß der nach den Bedingungen zunächst Berufene fortfällt. Meiner Ansicht nach steht aber nichts im Wege, nun die weitere Best. der Bedingungen über die Reihenfolge der Bezugsberechtigten entsprechend anzuwenden und den Fortfall eines Berufenen wegen Unwürdigkeit dem Tode gleichzustellen. Ich halte dieses Ergebnis für befriedigender als die vom KG. und LG. Bochum vertretene Lösung. Es entspricht auch allein dem Sinn und Zweck der Versicherungsbedingungen. Wollte man in einem solchen Falle die Erben als bezugsberechtigt ansehen, so könnten u. U. ganz entfernte Verwandte, ja sogar der Fiskus Versicherungsansprüche geltend machen. Gerade das sollte aber doch nach dem offenbaren Willen der Bedingungen vermieden werden.

RA. Dr. Bartels, Bochum.

B. Auch ich halte das Urt. für falsch. Aber aus anderen Gründen wie Bartels. Es geht schon von der irrigen Annahme aus, daß als Zeitpunkt für die Frage, wer bezugsberechtigt ist, der Augenblick des Unfalles anzusehen sei. Bei einer Kapitalversicherung auf den Todesfall, wie sie hier vorliegt, kommt es aber für die Entsch. der Frage der Bezugsberechtigung nicht darauf, sondern auf den Tag des Todes an (§§ 180, 167 VVG.). Sonst wäre ja eine Benennung „der Erben" als Bezugsberechtigten ganz unverständlich. Denn solche gibt es erst beim Tode. Das gleiche muß daher für andere Bezugsberechtigte gelten. Damit findet dann auch die zweite Schwierigkeit, die in den Worten des § 9 Abs. 4 AllgVersBed. „für den Fall, daß dieser nicht mehr lebt" liegt, genau so ihre einfache Lösung, wie ich es für den Fall gezeigt habe, der der Entsch. des RG. v. 24. Okt. 1933: JW. 1934, 2896[8] zugrunde lag (vgl. meine dortige Anm.). Denn da beim Tode der versicherten Ehefrau der Mann nicht mehr lebte und das Kind schon vorher gestorben war, kamen allein und aus erster Hand die Eltern der Ehefrau als Bezugsberechtigte in Betracht. Das LG. Bochum hat ferner übersehen, daß die in §§ 180, 168 VVG. getroffene gesetzliche und nach § 180 i. Verb. m. § 166 VVG. vertraglich abänderbare Regelung durch die Vereinbarungen in § 9 AllgVersBed. abgeändert worden ist. Wenn es sich, wie Bartels meint, einfach dem Urt. des KG. v. 25. Mai 1927: JurRdschPrVers. 1927, 226 angeschlossen hat, so ist das zwar für die Schlußfolgerungen richtig. Dem Urt. des KG. lag aber ein ganz anderer Fall zugrunde. Dort hatte die Mörderin den Getöteten überlebt. Daß für derartige Fälle Zweifel daran bestehen können, wer Anspruch auf die Versicherungssumme hat, die weiteren als Bezugsberechtigte genannten Personen oder die Erben des Versicherungsnehmers, habe ich schon in der Anm. 8 JW. 1934, 2836 hervorgehoben. Hier aber hat die erschossene Versicherte gerade ihren Mann überlebt. Infolgedessen kam ohne weiteres der nächste Bezugsberechtigte, d. h., da das Kind offenbar als erstes gestorben war, die Eltern der Ehefrau zum Zuge. Schließlich hat das LG. Bochum aber auch den § 181 Abs. 2 VVG. nicht beachtet, wonach die Bezeichnung eines Dritten als Bezugsberechtigten dann als nicht erfolgt gilt, wenn der Dritte vorsätzlich durch eine widerrechtliche Handlung den Tod des Versicherten herbeigeführt hat. Nach dieser Vorschr. würde die Benennung des Ehemanns als Bezugsberechtigten überhaupt ausscheiden, so daß es auf die Worte „falls er nicht mehr lebt" gar nicht angekommen wäre.

LGDir. Kersting, Berlin.

behrlich und deshalb unpfändbar. Mit dieser allgemeinen Behauptung können die Bekl. an sich nicht gehört werden. Sie hätten schon im einzelnen darlegen müssen, aus welchen Gründen gerade diese Gegenstände unentbehrlich sind, daß sie etwa die einzigen sind, die sie besitzen oder warum sie sonst unbedingt notwendig sind, zumal sie im ersten Rechtszuge die Unentbehrlichkeit nicht behauptet haben. Es kommt aber hier nicht so sehr darauf an, da selbst für den Fall, daß die Gegenstände tatsächlich unentbehrlich sind, der Klageanspruch gerechtfertigt ist. Denn weder der Sicherungsübereignungsvertrag noch das Herausgabeverlangen verstoßen gegen die guten Sitten. Es wird zwar in der Rspr. die Meinung vertreten, daß die Sicherungsübereignung von notwendigen Gegenständen unter allen Umständen unsittlich sei. Diese Ansicht ist aber nicht schlechthin auf jeden Sicherungsübereignungsvertrag anwendbar. Zwar kann es möglich sein, daß ein solcher Vertrag unsittlich ist, dann nämlich, wenn die Begleitumstände des § 138 Abs. 2 BGB. vorliegen. Nach den Umständen des vorliegenden Falles kann aber davon keine Rede sein, so daß der Sicherungsübereignungsvertrag als solcher gültig ist. Aber auch das Herausgabeverlangen des Kl. auf Grund dieses Vertrages stellt keinen Verstoß gegen § 826 BGB. dar. Wenn der Vertrag selbst wirksam ist, so ergibt sich aus ihm der Anspruch auf Herausgabe. Das Herausgabeverlangen kann deshalb nicht als unsittlich betrachtet werden, weil der Herausgabeanspruch auf dem gültigen Vertrag beruht. Die analoge Anwendung des § 811 ZPO. ist hier nicht am Platze. Der dieser Vorschrift zugrunde liegende Rechtsgedanke will eine Kahlpfändung, die die wirtschaftliche Existenz des Schuldners vernichtet, gegen den Willen des Schuldners verhindern. Der Staat will dem Gläubiger nicht seine Machtmittel zur Verfügung stellen, um auf diese Weise in die unentbehrlichen Gegenstände eines Schuldners vollstrecken zu können. Der § 811 ZPO. verbietet aber nicht die zwangsweise Herausgabe von unentbehrlichen Gegenständen, wenn die Grundlage für das Herausgabeverlangen ein Vertrag bildet, den der Schuldner in voller Kenntnis seiner Tragweite geschlossen hat. Wenn aber der Schuldner einen solchen Vertrag freiwillig erfüllen kann, was unzweifelhaft ist, so kann auch die zwangsweise Erfüllung dieses Vertrages nicht gegen die guten Sitten verstoßen; denn § 811 ZPO. entzieht die dort genannten Gegenstände nicht dem freien Verkehr, auch dann nicht, wenn durch die freiwillige Veräußerung die wirtschaftliche Existenz des Veräußernden vernichtet wird. Eine analoge Anwendung des § 811 ZPO. ist im übrigen schon deshalb abzulehnen, weil diese Best. und ihr ganzer Sinn, mit dem auch nach außen hin durch die Einreihung des § 811 ZPO. in eine bestimmte Abteilung der Zwangsvollstreckung in die Erscheinung getretenen Willen des Gesetzgebers, nur für den Fall beachtlich ist, daß wegen Geldforderungen in das bewegliche Vermögen des Schuldners vollstreckt werden soll. Eine Einbeziehung dieser Vorschrift in den 3. Abschnitt der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen ist ausdrücklich unterblieben, verbietet sich nach Vorgesagtem auch von selbst. Weiterhin ist zu beachten, daß je nach den Umständen des einzelnen Falles außer dem Schuldnerschutz den Gerichten auch die Pflicht obliegt, für eine Befriedigung der Gläubiger Sorge zu tragen. Im vorliegenden Fall waren die Bekl. schon jahrelang vor Abschluß des Sicherungsübereignungsvertrages mit der Mietzinszahlung im Rückstand. Nur auf Grund dieses Vertrages hat der Kl., der so endlich einmal die Begleichung einer längst fälligen Schuld verlangt hatte, den Bekl. die weitere Benutzung der Zimmer gestattet.

(LG. Bochum, 5. ZK., Urt. v. 4. Juli 1934, 5 S 199/34.)

Ver. von RA. Dr. Bartels, Bochum.

*

Braunschweig

5. Art. 4 der 3. DurchfVO. zur landw. Schuldenregelung; Art. 4 der 2. DurchfVO. zur landw. Schuldenregelung; Art. 11 VO. über den Vollstreckungsschutz im landw. Entschuldungsverfahren. Art. 4 der 3. DurchfVO. zur landw. Schuldenregelung ist infolge der Aufhebung des Art. 4 der 2. DurchfVO. durch Art. 11 der VO. über den Vollstreckungsschutz im landw. Entschuldungsverfahren gegenstandslos. †)

Im Zwangsversteigerungsverfahren über den Grundbesitz des BeschwF. S. ist durch Beschl. des AG. E. v. 14. Juni 1933 der geschiedenen Ehefrau des BeschwF. als Meistbietender der Zuschlag erteilt, der aber bislang noch nicht rechtskräftig geworden ist. Nach zunächst vergeblichen Anträgen des S. wurde durch Beschl. vom 26. April 1934 für den landwirtschaftlichen Betrieb S. das Entschuldungsverfahren eröffnet.

Nunmehr beantragte der BeschwF. bei dem AG. E., nach Art. 4 der 3. VO. zur Durchführung der landwirtschaftlichen Schuldenregelung v. 15. Sept. 1933 (RGBl. I, 641) von Amts wegen den Zuschlagsbeschluß aufzuheben. Dieser Antrag wurde vom AG. E. abgelehnt.

Hiergegen wendet sich die sofortige Beschw. des S.

Der Beschw. war der Erfolg zu versagen:

Grundlage für den Beschwerdeantrag ist Art. 4 der 3. VO. zur Durchführung der landwirtschaftlichen Schuldenregelung v. 15. Sept. 1933. Abgesehen nun davon, daß nach dieser Best. die Aufhebung des Zuschlagsbeschlusses nur dann erfolgen müßte, wenn die einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung gem. Art. 4 Nr. 1 der 2. VO. zur Durchführung der landwirtschaftlichen Schuldenregelung v. 5. Juli 1933 (RGBl. I, 459) — einer Kannvorschrift — erfolgt wäre, was hier nicht zutrifft, ist zu beachten, daß der besagte Art. 4 der 2. DurchfVO., auf dem die Anordnung der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung nach Art. 4 der 3. DurchfVO. unbedingt beruhen würde, durch Art. 11 der VO. über den Vollstreckungsschutz im landwirtschaftlichen Entschuldungsverfahren v. 27. Dez. 1933 (RGBl. I, 1119) ausdrücklich aufgehoben ist. Damit ist aber auch dem Artikel der 3. DurchfVO. der Boden entzogen, worauf anscheinend dadurch hingewiesen werden soll, daß in Art. 11 a. a. O. bei dem dort mit aufgeführten

---

Zu 5. Der Beschl. der 4. FerK. des LG. Braunschweig mag formal richtig sein, aber er ist zum mindesten unvollständig. Das LG. hat offenbar nicht geprüft, ob nach Aufhebung des Art. 4 der 2. DurchfVO. der Art. 4 der 3. DurchfVO. sinngemäß anzuwenden ist, oder ob das Ergebnis, zu dem er geführt hatte, seit der VO. über den Vollstreckungsschutz im landwirtschaftlichen Entschuldungsverfahren v. 27. Dez. 1933 nicht schon ohne weiteres eintritt. Die erste Möglichkeit hat das LG. nicht in Betracht gezogen, weil es der irrigen Auffassung ist, in Art. 11 der VO. v. 27. Dez. 1933 habe die Gegenstandslosigkeit des Art. 4 der 3. DurchfVO. zum Ausdruck gebracht werden sollen, indem außer der S. 459 auch die S. 641 des RGBl., also die der 3. DurchfVO., mitaufgeführt worden sei. Art. 11 der VO. v. 27. Dez. 1933 lautet aber an dieser Stelle: „Die Art. 4, 7 der 2. DurchfVO. v. 5. Juli 1933 (RGBl. I, 459, 641) . . . treten . . . außer Kraft." Art. 7 der 2. DurchfVO. ist in Art. 3 Nr. III der 3. DurchfVO. neu gefaßt; auf ihn, nicht auf Art. 4 der 2. DurchfVO. bezieht sich daher die Aufführung der S. 641! Mithin mußte das LG. prüfen, ob der Art. 4 der 3. DurchfVO. auch nach Aufhebung des Art. 4 der 2. DurchfVO. noch anwendbar ist. Art. 4 der 3. DurchfVO. schreibt vor, daß die Anordnung der einstweiligen Einstellung der Zwangsversteigerung gem. Art. 4 Nr. 1 der 2. DurchfVO. noch möglich ist, wenn vor dem Inkrafttreten der 3. DurchfVO. (20. Sept. 1933) der Zuschlag bereits erteilt war, und daß der Zuschlag infolge dieser Anordnung aufzuheben ist, sofern nicht im Zeitpunkte der Vorlage einer Ausfertigung des Anordnungsbeschlusses der Zuschlag bereits rechtskräftig oder der Versteigerungserlös bereits verteilt war. An die Stelle der Anordnung des Vollstreckungsschutzes nach Art. 4 der 2. DurchfVO. ist nun der Vollstreckungsschutz nach der VO. v. 27. Dez. 1933 getreten, wonach die Eröffnung des Entschuldungsverfahrens unmittelbar kraft Gesetzes (Art. 2 das.) zur einstweiligen Einstellung der Zwangsversteigerung führt und nach dem Antrag auf Eröffnung des Verfahrens diese Wirkung schon vor der Eröffnung vorläufig angeordnet werden kann. Im vorl. Falle war von dieser Möglichkeit offenbar kein Gebrauch gemacht; dann war der Vollstreckungsschutz erst mit der Eröffnung des Entschuldungsverfahrens am 26. April 1934 eingetreten, also zu einem Zeitpunkt, in dem der Zuschlag noch nicht rechtskräftig und der Versteigerungserlös noch nicht verteilt war. Da der Zuschlag vor dem 20. Sept. 1933 erteilt war, konnte die sinngemäße Anwendung des Art. 4 der 3. DurchfVO. zur Aufhebung des Zuschlags führen. Die sinngemäße Anwendung verfahrensrechtlicher Vorschr. mag bedenklich sein, insbes. wenn es sich wie bei Art. 4 der 3. DurchfVO. um eine Sondervorschrift für eine Übergangszeit handelt; es bedarf ihrer auch nicht: denn die Aufhebung des Zuschlags war schon auf Grund der kraft Gesetzes eingetretenen einstweiligen Einstellung der Zwangsversteigerung zulässig und bei der Entsch. über die gegen den Zuschlag eingelegte Beschw. geboten. Zur Zeit der Eröffnung des Entschuldungsverfahrens war das Zwangsversteigerungsverfahren noch anhängig, da es erst mit der Rechtskraft des Zuschlages als beendet angesehen werden kann. Die einstweilige Einstellung dieses Verfahrens zwischen Erteilung und Rechtskraft des Zuschlages kann nur durch Aufhebung des Zuschlages berücksichtigt werden; diese Aufhebung kann, da im Gegensatze zu Art. 4 der 3. DurchfVO. ein Handeln von Amts wegen nicht vorgeschrieben ist, nur auf Beschw. geschehen. Bei der BeschwEntsch. mußte aber das LG., auch wenn die Beschw. nur auf Art. 4 der 3. DurchfVO. gestützt war, die ihm in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht bekannte einstweilige Einstellung des Verfahrens berücksichtigen; der Zuschlag war mithin aufzuheben, obwohl im Zeitpunkte seiner Erteilung das Entschuldungsverfahren noch nicht eröffnet, also der der Erteilung des Zuschlags entgegenstehende Grund erst nachher eingetreten war (vgl. LG. Magdeburg, Beschl. v. 24. Nov. 1933 — 3 T 208/33: JW. 1934, 856 und — vollständig und mit Anmerkung von Wiedemann in Amtl. Mitt. in Entschuldungssachen, H. 85 v. 22. Aug. 1934).

LGR. Dr. v. Arnswaldt, Berlin.

Art. 4 der 2. DurchfVO. auch die Seite des RGBl., auf der die 3. DurchfVO. abgedruckt wurde, mit zitiert ist.

Unter diesen Umständen kann dahingestellt bleiben, ob der gesamte Vollstreckungsschutz im Schuldenregelungsverfahren, wie das AG. meint, durch die VO. v. 27. Dez. 1933 einheitlich und ausschließlich geregelt ist.

(LG. Braunschweig, 4. FerK., Beschl. v. 24. Aug. 1934, 9 U 133/34.)

Eingef. von RA. Dr. Holland, Braunschweig.

*

Dresden

6. § 410 HGB.; §§ 931, 934, 1207 BGB.; §§ 41 c, 50 ADSp. Pfandrecht des Empfangsspediteurs. Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen. Eigentumsvorbehalt. Der Empfangsspediteur hat wegen inkonnexer Forderungen selbst bei Gutgläubigkeit kein gesetzliches, aber auch kein vertragliches Pfandrecht an dem Empfänger nicht gehörendem Frachtgut. †)

Die Kl. schickte am 7. Juni 1933 an die Firma W. auf Bestellung 290 Gepäckhalter zum Preise von 184,80 *RM*, die in sechs Kisten verpackt waren. Die Bekl. als Spediteur der Firma W. nahm die Sendung in Empfang, leitete sie aber nicht an die Empfängerin weiter, sondern behielt sie wegen der ihr gegen die Firma W. zustehenden Forderungen aus früheren Geschäften zurück.

Daß die ADSp. auf das Rechtsverhältnis zwischen der Bekl. und der Firma W. anzuwenden sind, hält das BG. für erwiesen. Ob sie als Handelsbrauch anzusehen sind, mag dahingestellt bleiben. Nach der Aussage des Zeugen H. steht aber fest, daß alle Geschäftspapiere der Bekl., insbes. auch die Auftragsvordrucke, die sie ihren Kunden zur Verfügung stellt, den aufgedruckten Hinweis enthalten, daß die ADSp. anzuwenden sind. Da die Firma W. während der langjährigen Geschäftsverbindung dem niemals widersprochen hat, ist eine stillschweigende Einigung auf diese Bedingungen zustande gekommen.

Auch aus § 41 c der ADSp. kann der Kl. im vorl. Falle nichts gegen die Anwendbarkeit der Bedingungen herleiten. Der Zeuge H. hat nämlich bekundet, daß die Bekl. zunächst für die Firma W. eine Speditionsversicherung (§§ 39 ff. ADSp.) abgeschlossen gehabt habe, daß aber die Firma W. gebeten habe, von einer solchen Versicherung abzusehen, um die damit verbundenen Unkosten zu sparen. Erst daraufhin habe die Bekl. von einer Weiterversicherung abgesehen. — Eine schuldhafte Unterlassung, die der Bekl. die Ber. auf die ADSp. nach § 41 c unmöglich machte, ist mithin nicht feststellbar.

Bei Prüfung der Frage, ob im vorl. Falle die Bekl. nach § 50 ADSp. ein wirksames Pfandrecht an der vom Kl. abgesandten Ware erworben habe oder nicht, vermag sich das BG. der Rechtsauffassung des Vorderrichters nicht anzuschließen.

Ob die Bekl. bei Empfang der Ware gutgläubig war oder nicht, ist im vorl. Falle nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Selbst wenn sie gutgläubig gewesen sein sollte, hätte sie kein wirksames Pfandrecht erworben.

Der Pfanderwerb von der tatsächlich insoweit nicht verfügungsberechtigten Firma W. wäre ja nur möglich gewesen nach den §§ 1207, 931, 934 BGB. Da die Firma W. noch gar nicht im Besitz der an sie geschickten Sachen war, hätte sie der Bekl. das Pfandrecht nur dadurch verschaffen können, daß sie sich mit ihr über das Entstehen des Pfandrechtes geeinigt und ihr den Anspruch auf Herausgabe der Ware gegen die Reichsbahn als unmittelbare Besitzerin abgetreten hätte; mit dem Übergang des Besitzes von der Reichsbahn auf die Bekl. wäre dann — immer guter Glaube der Bekl. vorausgesetzt — das Pfandrecht entstanden. Diese Voraussetzungen sind aber nicht erfüllt, es fehlt an einer Abtretung des Herausgabeanspruches i. S. von § 931 BGB. Man kann nicht etwa in der Bevollmächtigung der Bekl., alle für die Firma W. eingehenden Güter in Empfang zu nehmen, eine solche vorweggenommene Abtretung für alle künftigen Fälle sehen. Die Vollmacht sollte vielmehr die Bekl. nur gegenüber der Reichsbahn als zum Empfange der für die Firma W. bestimmten Güter berechtigt ausweisen, ohne ihr einen selbständigen Herausgabeanspruch zu verschaffen. Selbst aber wenn man noch weiter geht und annimmt, daß die Firma W. der Bekl. im Hinblick auf § 50 ADSp. doch, um das Entstehen des Vertragspfandrechtes zu ermöglichen, ganz allgemein im voraus den Herausgabeanspruch abtreten wollte, oder aber sie ermächtigen wollte, nach dem Besitzerwerb von der Reichsbahn als Vertreter der Firma W. auf sich selbst durch Einigung das Pfandrecht zu übertragen (§ 181 BGB.), so konnte man diesen Willen doch nur für solche eingehende Güter unterstellen, über die die Firma W. unbeschränkt verfügen kann. Daß ihr Wille auch darauf gerichtet gewesen sei, der Bekl. auch an unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Gütern ein Pfandrecht zu verschaffen, kann keineswegs angenommen werden; das Gegenteil ergibt sich einwandfrei aus dem von der Bekl. überreichten Schreiben der Firma W. v. 16. Juni 1933 und der Aussage des Zeugen S.

Nach alledem hat die Bekl. kein Pfandrecht erworben und ist daher auch zum Zurückhalten der Ware nicht berechtigt. Das BG. schließt sich insoweit der vom LG. Leipzig in einer Entsch. v. 2. Dez. 1932: JW. 1933, 867 vertretenen Rechtsauffassung an. Dieses Ergebnis entspricht auch dem praktischen Bedürfnis. Es würde dem allgemeinen Rechtsempfinden durchaus zuwiderlaufen, wenn ein Lieferant von Waren, die er unter Eigentumsvorbehalt an seinen Kunden schickt, sich gefallen lassen müßte, daß ein Spediteur, von dessen Vorhandensein er keine Ahnung hat, dazwischentreten und sich an den Waren schadlos halten könnte für Ansprüche, die ihm aus früheren Rechtsbeziehungen gegen den Empfänger der Ware zustehen.

(LG. Dresden, 14. ZK., Urt. v. 29. Mai 1934, 14 Dg 361/33.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Gustav Schwartz, Berlin.

*

7. § 1837 BGB; §§ 20, 57 FGG. Das Vormundschaftsgericht darf dem Vormund nicht Anweisungen über die Erfüllung oder Ablehnung von Ansprüchen erteilen, die Dritte an das Mündelvermögen stellen. Das Beschwerderecht nach § 57 Abs. 1 Nr. 9 FGG. kann nur im Interesse des Mündels ausgeübt werden.

Nachdem gegen X. das Entmündigungsverfahren wegen Ver-

Zu 6. Die Entsch. bestätigt eine in letzter Zeit namentlich vom LG. Leipzig begründete Rspr. (vgl. JW. 1933, 867 mit Anm. von Schwartz). Die Dresdner Entsch. ist aufrichtig zu begrüßen, um so mehr als eine von Nehring besprochene Entsch. des LG. Mannheim den gegenteiligen Standpunkt eingenommen hatte und somit erneut ein Schwanken der Rspr. festzustellen ist (vgl. JW. 1933, 1480). An der obigen Dresdner Entsch. ist besonders der Ausspruch zu billigen, daß es dem allgemeinen Rechtsempfinden durchaus zuwiderlaufen würde, wenn ein Lieferant von Waren, die er unter Eigentumsvorbehalt an seinen Kunden schickt, sich gefallen lassen müßte, daß sein Spediteur, von dessen Vorhandensein er keine Ahnung hat, dazwischentreten und sich an den Waren schadlos halten könnte für Ansprüche, die ihm aus früheren Rechtsbeziehungen gegen den Empfänger der Ware zustehen. Dagegen scheint mir die rechtliche Begr. des vorerwähnten Leipziger Urteils folgerichtiger zu sein. Sie stellt auf § 1207 i. Verb. m. § 932 Abs. 1 Satz 2 ab, während die obige Entsch. sich nur mit der Frage beschäftigt, ob ein Pfandrecht infolge Abtretung des Herausgabeanspruchs, also durch § 1207 i. Verb. m. § 931 BGB. als zustande gekommen zu betrachten sei, was fraglos abzulehnen ist. Daß aber auch eine Verpfändung nach § 1207 und § 932 Abs. 1 Satz 2 nicht zustande kommen kann, beruht darauf, daß hier der Verpfänder, nämlich der Warenempfänger, zu keinem Zeitpunkt Besitzer der Ware gewesen ist und infolgedessen dem angeblichen Pfandrechtserwerber, d. h. dem Spediteur, den Schutz des Pfandgläubigers nicht verschaffen konnte. Auf die Verfügungsberechtigung eines Nichtbesitzers kann der Spediteur, der ein Pfandrecht erwerben will, nicht vertrauen, auch wenn er besten Glaubens gewesen sein sollte. Denn das Gesetz schützt in § 932 Abs. 1 Satz 2 nur denjenigen Pfandrechtserwerber, der den Besitz der Sache von dem Pfandrechtsbesteller erlangt hatte. Hatte er den Besitz der Sache von einem andern erlangt, so will das Gesetz nicht der Annahme Vorschub leisten, daß ein erkennbar vorhandenes Nichtbesitzen die Legitimation zur Bestellung eines Pfandrechts abgeben könnte. Nehring a. a. O. übersieht, daß auch die Vollmacht des Pfandrechtsbestellers an den angeblichen Pfandrechtserwerber, die Sache in Besitz zu nehmen, den Mangel, den § 932 Abs. 1 Satz 2 bloßstellt, nicht heilen kann. Denn der genannte Satz stellt auf die tatsächliche Besitzerlangung, nicht auf das Recht zum Besitz und die Einräumung dieses Rechts an den Pfandrechtserwerber ab. Die Sache ist eben nicht mit einem Verpfändungswillen behaftet vom Besitzer an den Spediteur übergeben worden. Es ist auch nicht richtig, wie Nehring ausführt, daß ein Kundeninteresse die Entstehung des Pfandrechts erfordere. Hier ist zwischen dem Versandspediteur und dem Empfangsspediteur durchaus zu unterscheiden. Für den ersteren kann man die Erstreckung des Pfandrechts wegen inkonnexer Forderungen auf drittgehöriges Gut, wie sie § 50 ADSp. vorsieht, im Kundeninteresse insoweit rechtfertigen, als der Eigentümer des Guts mit der Betrauung des vorzunehmenden Transports an einen Spediteur sicher rechnen mußte. Beim Empfangsspediteur liegt es anders. Niemals haben die an der Abfassung der ADSp. beteiligten Wirtschaftskreise ein Interesse der Auftraggeber der Spediteure daran anerkennen können oder wollen, daß dem Kaufmann von seinem Empfangsspediteur ein Kredit auf Kosten dritter Zusender eingeräumt wird. Das obige Urteil entspricht daher, wie es selbst betont, nicht nur dem Rechtsempfinden, sondern auch dem praktischen Bedürfnis.

RA. Dr. Gustav Schwartz, Berlin.

schwendung beantragt worden war, ist er durch Beschluß v. 16. Nov. 1933 unter vorläufige Vormundschaft gestellt, und als vorläufiger Vormund der Bürgermeister i. R. O. in Pflicht genommen worden. Am 16. Dez. 1933 hat X. zu seiner Vertretung in dem seine Entmündigung und seine Stellung unter vorläufige Vormundschaft betreffenden Verfahren dem RA. Z. Vollmacht erteilt. Diese Vollmacht hat Z. am 19. Febr. 1934 niedergelegt, weil von seinem Auftraggeber ein Kostenvorschuß nicht zu erlangen war. Da der vorläufige Vormund unter Hinweis auf § 114 BGB. sich weigerte, die durch die Vertretung des Mündels entstandenen Kosten an Z. zu bezahlen, hat sich letzterer an das VormGer. mit der Bitte gewandt, O. dazu anzuweisen. Auf Grund des Beschl. v. 16. Mai 1934 hat jedoch das VormGer. dem RA. Z. mitgeteilt: Es habe die fragliche Angelegenheit eingehend mit O. besprochen, habe aber geglaubt, einen Einfluß für oder wider auf ihn nicht ausüben zu sollen. Ihn zur Bezahlung der entstandenen Kosten anzuweisen, lehne es ab.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde. Mit ihr macht RA. Z. unter Berufung auf eine Entsch. des OLG. Jena v. 5. Dez. 1933: JW. 1934, 919 geltend, der vom Mündel mit seiner Vertretung beauftragte RA. könne die hierdurch entstandenen Kosten fordern und somit, wenn nötig, eine entsprechende Anweisung an den Vormund verlangen, denn der unter vorläufige Vormundschaft Gestellte sei nach dem Gesetz in keiner Weise in seiner Verteidigung beschränkt.

Die Beschwerde ist unzulässig.

Das VormGer. hat über die gesamte Tätigkeit des Vormunds, demgemäß auch über die ihm obliegende Vermögensverwaltung, die Aufsicht zu führen und gegen Pflichtwidrigkeiten desselben durch geeignete Gebote und Verbote einzuschreiten (§ 1837 Abs. 1 BGB.). Daher hat es über die Erfüllung oder die Ablehnung von Ansprüchen, welche Dritte an das Mündelvermögen erheben, nicht zu entscheiden. Mithin darf das VormGer. dem Vormund hierüber auch keine bindenden Anweisungen erteilen. Es ist allerdings nicht gehindert, seine Ansicht, wenn sie etwa von der des Vormundes abweichen sollte, diesem mitzuteilen und ihn hierbei entsprechend zu belehren. Solche Meinungsäußerungen und Ratschläge des VormGer. sind jedoch nicht zwingender Natur. Sie stellen sich auch nur als eine innere Angelegenheit der Vormundschaft dar und erfolgen lediglich im Interesse des Mündels. Ein Dritter kann somit im Erfolg seiner eigenen Interessen nicht beanspruchen, daß das VormGer. auf den Vormund in bestimmter Richtung einwirke (vgl. u. a. BayObLG. v. 28. Nov. 1924: BayObLG. 23, 224 ff.; KG.: OLG. 7, 125). Mit Recht hat daher das AG. es abgelehnt, den Vormund anzuweisen, daß er die von dem früheren Anwalt des Mündels geforderten Vertretungskosten begleiche. Durch die angefochtene Verfügung ist sonach ein Recht des BeschwF. nicht beeinträchtigt (§ 20 FGG.).

Ihm steht aber auch nicht die erweiterte Beschwerdeberechtigung zu, die in dem Falle, daß die angef. Verfügung eine Entsch. über eine die Sorge für die Person des Mündels betreffende Angelegenheit enthält, der § 57 Abs. 1 Nr. 9 FGG. demjenigen einräumt, der ein berechtigtes Interesse an der Wahrnehmung dieser Angelegenheit hat.

Abgesehen davon, daß die angef. Verfügung auch nicht unmittelbar eine die Sorge für die Person des Mündels, sondern lediglich eine sein Vermögen betreffende Entsch. enthält, kann das Beschwerderecht nach § 57 Abs. 1 Nr. 9 FGG. nur im Interesse des Mündels, nicht aber, wie es hier der Fall ist, in dem des BeschwF. ausgeübt werden (vgl. Schlegelberger, Anm. 21 zu § 57 FGG.).

Der Hinweis auf die oben genannte Entsch. des OLG. Jena geht fehl. Denn in dem dort behandelten Falle lag die Anweisung an den Vormund, welche der noch im Besitz der Vollmacht befindliche RA. des wegen Geisteskrankheit entmündigten, mithin nach § 59 Abs. 2 FGG. nicht selbst beschwerdeberechtigten Mündels beim VormGer. erbat, ausschließlich im Interesse des Mündels, und handelte es sich überdies in der Hauptsache um eine die Sorge für die Person des Mündels betreffende Angelegenheit. Jene Anweisung sollte nämlich dem beschwerdeführenden Anwalt die Durchführung der Berufung gegen ein der Anfechtungsklage des Mündels (§ 664 ZPO.) nur teilweise stattgebendes Urt. ermöglichen.

Der BeschwF. kann nach alledem den von ihm gegen das Mündelvermögen erhobenen Anspruch nur im Wege der Klage weiterverfolgen (vgl. BayObLG. a. a. O.).

(LG. Dresden, 5. ZK., Beschl. v. 22. Juni 1934, 5 Bf 180/34.)

Eingef. von RA. Dr. Wittmaack, Dresden.

*

Essen

8. § 24 FürsPflVO.; § 20 PrAusfVO. dazu; §§ 677 ff. BGB.

1. Für Ansprüche einer Krankenanstalt gegen einen Bezirksfürsorgeverband auf Erstattung der für einen Hilfsbedürftigen aufgewandten Pflegekosten ist der ordentliche Rechtsweg gegeben.

2. Nimmt eine Krankenanstalt einen offenbar mittellosen Hilfsbedürftigen auf, so kann sie grundsätzlich Ersatz der Pflegekosten von dem unterstützungspflichtigen Fürsorgeverband nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen. Daran ändert sich nichts, wenn die Krankenanstalt irrtümlich angenommen hat, daß eine Berufsgenossenschaft für den Kranken aufkäme (§ 686 BGB.).

3. Macht die Krankenanstalt erst später dem zuständigen Fürsorgeverband von der Aufnahme des Bedürftigen Mitteilung, so kann sie trotz des Grundsatzes, daß der Fürsorgeverband erst von der Kenntnis der Bedürftigkeit an zur Hilfe verpflichtet ist, doch Ersatz ihrer ganzen Aufwendungen von der Aufnahme an verlangen.

4. Die Krankenanstalt ist aber dem Fürsorgeverband zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der diesem aus der Unterlassung sofortiger Anzeige entsteht. †)

(LG. Essen [Ruhr], 8. ZK., Urt. v. 9. April 1934, 8 S 61/34.)

Abgedr. JW. 1934, 1932[6].

*

Zu 8. A. Anm. Kersting ebenda.

B. Die Ausführungen des LGDir. Kersting zu dem Urt. veranlassen mich auf folgendes hinzuweisen.

1. Die Zulässigkeit des Rechtsweges wird von Kersting m. E. zu Unrecht verneint. Die Frage, ob für die Ersatzansprüche Dritter, welche Hilfsbedürftige unterstützt haben, der Rechtsweg zulässig ist, wurde früher von den Gerichten und in der Literatur verschieden beurteilt. Seitdem sie durch die Entsch. des RG. v. 27. April 1898: RG. 41, 267 bejaht worden ist, hat sich die herrschende Meinung auf den gleichen Standpunkt gestellt.

In der Entsch., die eine der wenigen Plenarentsch. ist, wird dargelegt, daß eine zur öffentlichen Armenpflege (heute sagen wir: Fürsorge) nicht berufene physische oder juristische Person, welche aus eigenem Antriebe einen Hilfsbedürftigen unterstützt hat und Ersatz ihres Aufwandes von dem unterstützungspflichtigen Verband fordert, damit einen Anspruch aus der Geschäftsführung ohne Auftrag, also aus an sich zivilrechtlichem Rechtstitel, geltend macht. Eine Beschränkung der an sich hiermit gegebenen gerichtlichen Zuständigkeit könnte nur dann angenommen werden, wenn insoweit eine besondere dies verfügende Gesetzesvorschrift vorhanden wäre. Wie das RG. ausführt, ist eine solche Best. nicht vorhanden, insbes. auch nicht in § 63 UntWohnsG., das wie jetzt § 20 PrAusfVO. zur FürsPflVO., nur den Fürsorgesuchenden selbst auf den Verwaltungsweg beschränkt. Diese die Gerichtspraxis beherrschende Ansicht wird auch von der Literatur überwiegend geteilt, wie aus den von dem LG. Essen mitgeteilten Zitaten, sowie aus Baath, FürsPflVO., § 7 Bem. 4 b, aa und aus Schulze: R.- u. PrVerwBl. 1932, 849 hervorgeht.

Die Bezugnahme auf § 24 FürsPflVO. ändert an diesem Ergebnis m. E. nichts. Das Gesetz hat hier der Anstalt das Recht eingeräumt, für ihre Insassen Anträge auf Fürsorgeleistungen zu stellen und die Leistungen in Empfang zu nehmen. Es stellt damit eine gesetzliche Vermutung für die Vollmacht der Anstalt auf, fürsorgerechtliche Anträge für den Hilfsbedürftigen zu stellen. Mit der bürgerlich-rechtlichen Sachlage, die eintritt, wenn ein solcher Antrag weder von dem Hilfsbedürftigen noch von der Anstalt als seinem Vertreter gerade nicht gestellt ist, hat diese Best. nichts zu tun. Das Recht aus § 24 für einen Dritten Anträge zu stellen und die Erhebung von zivilrechtlichen Ansprüchen aus eigenem Recht gehören verschiedenen Rechtsordnungen an und dürfen nicht einander gleichgestellt werden. Nach Fürsorgerecht besteht überhaupt kein Anspruch auf Gewährung von Fürsorgeleistungen, nach bürgerlichem Recht hat der Dritte gegebenenfalls Anspruch auf Erstattung und auf Ausgleichung einer ungerechtfertigten Bereicherung. Es liegt also auch keine Einkleidung öffentlich-rechtlicher Ansprüche in solche bürgerlichen Rechts und kein Bedenken gegen die Zulässigkeit des Rechtswegs vor.

2. Auch das LG. vermengt in seiner Begr. öffentliches Recht mit Privatrecht, wenn es den fürsorgerechtlichen Grundsatz, vor Kenntnis der Hilfsbedürftigkeit bestehe keine Fürsorgepflicht, heranzieht und darzulegen sich bemüht, daß diesem Grundsatz auch bei Kenntnis des Dritten Genüge geschehen sei. Dieses Nachweises bedarf es gar nicht. Es genügt, daß die Voraussetzungen der zivilrechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag erfüllt sind. Ob in dieser Beziehung der weitherzigen Ansicht des LG. unbedingt zu folgen ist, wäre viel eher zu fragen.

LGDir. Dr. Schmitz, Berlin.

C. So einfach, wie Schmitz die Frage der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte hält, ist sie nun doch nicht. Wenn die Gerichtspraxis sich einfach auf den gleichen Standpunkt wie Schmitz stellt, so übersieht sie die Schwierigkeiten, die in dem

Hamburg

9. §§ 44, 84 ZwVerstG. Unrichtigkeit des geringsten Gebots durch Einstellungsbewilligung des erstbetreibenden Gläubigers im Versteigerungstermin muß nicht unbedingt zur Versagung des Zuschlags führen. †)

Das Versteigerungsverfahren ist von zwei Gläubigern betrieben worden. Das geringste Gebot ist auf 586,50 *RM* festgesetzt worden. Im Termin ist lediglich ein Gebot über 77 500 *RM* abgegeben worden, und zwar von dem zweitbetreibenden Gläubiger. Nach Schluß der Versteigerung hat der erstbetreibende Gläubiger die Einstellung des Verfahrens beantragt. Das AG. hat darauf den Zuschlag wegen Unrichtigkeit des der Versteigerung zugrunde gelegten geringsten Gebots gem. § 83 Nr. 1 ZwVerstG. versagt. Auf die Beschw. des Meistbietenden hat das LG. den Beschluß des AG. aufgehoben und den Zuschlag erteilt.

Zieht ein betreibender Gläubiger den Versteigerungsantrag nach Schluß der Versteigerung zurück oder bewilligt er die Einstellung des Verfahrens und geht dieser Gläubiger einem anderen betreibenden Gläubiger im Range vor, so daß also die Forderung des zurücknehmenden Gläubigers und etwaige Zwischenrechte gem. § 44 ZwVerstG. für die Feststellung des geringsten Gebots maßgebend waren, so hat nach der herrschenden Meinung, der beigetreten wird, die Zurücknahme zur Folge, daß der bisherigen Feststellung des geringsten Gebots die Grundlage entzogen wird (RG. 89, 429[1]); KG. v. 29. Okt. 1930: JW. 1931, 546; KG. vom 25. Jan. 1933: JW. 1933, 1899 ff. und Besprechung von Fraeb dortselbst; Reinhard-Müller, 3. u. 4. Aufl. 1931, S. 180). Danach ist die Versteigerung auf Grund eines Gebots vorgenommen, welches den gesetzlichen Vorschr. nicht entspricht. Die richtige Feststellung des geringsten Gebots und seine ordnungsmäßige Bekanntgabe (§ 66 ZwVerstG.) gehören zu den wesentlichen Grundlagen des Zwangsversteigerungsverfahrens. Das Verfahren wird mangelhaft, wenn sich, sei es auch erst nach Schluß der Versteigerung, herausstellt, daß das geringste Gebot falsch errechnet worden ist. In einem solchen Falle ist im Grundsatz der Zuschlag nach § 83 Ziff. 1 ZwVerstG. zu versagen. Eine Ausnahme von dieser Regel wird durch § 84 ZwVerstG. nur für den Fall zugelassen, daß das Recht des Beteiligten durch den Zuschlag nicht beeinträchtigt wird, oder wenn der Beteiligte das Verfahren genehmigt.

Die Bedeutung des § 84 ZwVerstG. für einen Tatbestand wie den hier zur Entsch. stehenden ist in der Rspr. und Wissenschaft verschieden beurteilt worden (vgl. Ausführungen des KG.: JW. 1933, 1901). Das BeschwG. tritt der Ansicht des KG., wie

---

ganzen Problem stecken und die von dem LG. offenbar erkannt oder doch wenigstens gefühlt worden sind. Sonst wäre nämlich der von Schmitz am Ende seiner Ausführungen mit Recht hervorgehobene, das Urt. durchziehende Widerspruch, der die Rechtsnatur des von der Krankenanstalt erhobenen Anspruchs betrifft, nicht erklärlich. Wie zweifelhaft diese Rechtsnatur selbst in Fällen sein kann, bei denen § 24 FürsPflVO. nicht hineinspielt, ergeben gerade der von Schmitz angezogene Aufsatz von Schulze: R.- u. PrVerwBl. 1932, 849 und des von mir erwähnten Urt. des PrKompKonflGH. v. 10. März 1928: ZHeimW. 1928, 605. In letzterem Falle handelte es sich nicht einmal um den Anspruch einer Anstalt i. S. von § 9 FürsPflVO., sondern eines Dritten, nämlich des Stiefvaters des Fürsorgesuchenden, auf Ersatz seiner für diesen gemachten Aufwendungen. Trotz der, wie das Urt. sagt, „geschickten" Einkleidung dieses Anspruchs in die äußere Form eines Erstattungsanspruchs aus dem Gesichtspunkt der §§ 677 ff. BGB. hat der Gerichtshof bejaht, daß von dem ordentlichen Gericht eine Entsch. über einen Anspruch öffentlich-rechtlicher Natur begehrt werde, die nach § 20 PrAusfVO. den Verwaltungsbehörden vorbehalten sei und deshalb den Konflikt für berechtigt erklärt. Um wieviel mehr muß das für Ansprüche von Anstalten i. S. des § 9 FürsPflVO. gelten, die nach § 24 a. a. O. zur Deckung ihrer Verpflegungskosten für ihre Insassen Anträge auf Fürsorgeleistungen stellen und diese Leistungen in Empfang nehmen können. Wozu dann erst der schwierige Umweg über §§ 677 ff. BGB.? Ein Weg, der nicht einmal immer sicher zum Ziel zu führen braucht, da, wie Schultze a. a. O. S. 852 mit Recht hervorhebt, der wirkliche, ja meist sogar der mutmaßliche Wille des Fürsorgeverbandes nicht darauf gerichtet sein wird, daß andere Anstalten die Fürsorgeleistungen für ihn entrichten, woran eine Klage aus §§ 677 ff. BGB. in der Regel scheitern wird. Daß die Sachlage im vorl. Fall insofern anders gewesen zu sein scheint, ändert an der grundsätzlichen Beurteilung der Frage nichts.

Gerade also das, was Schmitz für nebensächlich ansieht, nämlich die Vorschr. des § 24 FürsPflVO., halte ich für entscheidend. Das Gesetz will eben in derartigen Fällen die Entsch. den Instanzen überlassen, die nicht nur ganz ausnahmsweise, sondern in der Regel mit ihnen befaßt sind, und das sind die Verwaltungsinstanzen. Dem entspricht auch die in Bayern getroffene, von mir erwähnte Regelung, die darauf hinausläuft, daß nur in Ausnahmefällen der ordentliche Rechtsweg als zulässig verstattet ist, nämlich dann, wenn die formellen Voraussetzungen für das Verwaltungsverfahren nicht gewahrt sind.

Wenn Schmitz sagt, daß das den Anstalten in § 24 FürsPflVO. eingeräumte Recht mit der Erhebung zivilrechtlicher Ansprüche nichts zu tun habe, beide also einander nicht gleichgestellt werden dürften, so ist das vollkommen richtig. Die Frage ist doch aber gerade die, ob im vorl. Fall die Krankenanstalt nicht in Wirklichkeit den Weg aus § 24 a. a. O. hat gehen und nur, um das ordentliche Gericht anrufen zu können, die Einkleidung ihres Anspruchs in eine Forderung aus Geschäftsführung ohne Auftrag gewählt hat. Für die Bejahung dieser Frage scheint mir zu sprechen, daß die Kl. sich zuerst an eine falsche Stelle gewendet und deshalb den Einwand der nicht rechtzeitigen Anmeldung des Anspruchs gefürchtet hat, den der Fürsorgeverband ja auch tatsächlich erhoben hat. Dessen ganze Einwendungen bewegen sich übrigens auch auf der Linie des öffentlichen Rechts, soweit er sich nicht notgedrungen mit den Voraussetzungen der §§ 677 ff. BGB. befassen mußte. Und daraus ergibt sich dann der von Schmitz erwähnte Widerspruch in den Ausführungen des Urt., das sich teils auf öffentlich-rechtlichem, teils auf privatrechtlichem Gebiet bewegen mußte. Meine Frage, weshalb in diesem Falle nicht der Konflikt erhoben worden ist, bleibt also bestehen.

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß das Zitat von Baath in Anm. 4 b, aa zu § 7 FürsPflVO. für die Frage der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nicht zu verwerten ist. Dort ist nur die ausnahmsweise Möglichkeit der Geltendmachung von Ansprüchen aus §§ 677 ff. BGB. durch dritte Personen (Ärzte, Anstalten usw.) erwähnt. In Anm. 2 zu § 20 PrAusfVO. ist dagegen das Urt. des KompKonflGH. angezogen. Eine eigene Ansicht über die Frage der Zuständigkeit äußert Baath m. W. nirgends in seinem Kommentar.

LGDir. Kersting, Berlin.

Zu 9. Die Denkschrift zum ZwVerstG. sagt im I. Abschnitt 3. Titel VI über die Voraussetzungen des Zuschlags u. a. „Der Zuschlag ist zu erteilen ..., wenn andererseits bei dem Verfahren keine derjenigen Vorschr. verletzt worden ist, die den Schutz der Beteiligten bezwecken. Welche Vorschr. im einzelnen hierher gehören, stellt nach dem Vorgange des Preuß. Ges. (§ 75) der Entwurf unmittelbar und in einer das Ermessen des Gerichts ausschließenden Weise fest (§ 83). Er unterscheidet dabei zwischen solchen Gesetzesverletzungen, durch die lediglich bestimmte Rechte betroffen werden, und solchen, bei denen es ungewiß ist, wie weit sich ihre Wirkung erstreckte. Verstöße der ersteren Art bleiben im Interesse der anderen Beteiligten bei der Entsch. über den Zuschlag außer Betracht, wenn entweder das betroffene Recht durch das Meistgebot gedeckt, der Berechtigte also nicht benachteiligt ist, oder wenn dieser das gesetzwidrige Verfahren genehmigt hat (§ 84). Läßt sich dagegen der Umfang der Beeinträchtigung, welche vermöge der Gesetzesverletzung den Rechten Beteiligter droht, nicht mit Sicherheit übersehen, so muß, um eine solche Beeinträchtigung unter allen Umständen zu verhüten, stets die Versagung des Zuschlags erfolgen. ... Jeder der zuletzt genannten Verstöße ist geeignet, den Kreis der Bieter einzuschränken und dadurch auf die Höhe des Meistgebots nachteilig einzuwirken. Eben deshalb liegt selbst dann, wenn das erzielte Meistgebot sämtliche Rechte deckt, eine Beeinträchtigung rechtlicher Interessen wenigstens insofern vor, als bei Abgabe eines höheren Gebots der nach Befriedigung der Berechtigten übrigbleibende Rest des Versteigerungserlöses dem bisherigen Eigentümer des Grundstücks zufallen würde." Die Mot. erläutern ferner die Fassung des § 84 Abs. 1:

„Nach dem bisherigen Recht muß die Benachteiligung als Voraussetzung der Versagung ‚durch Feststellung der Tatsachen, aus welchen sie hervorgeht, besonders dargetan werden'. Auf diese Weise wird der Schutz, auf welchen der in seinem Rechte verletzte Beteiligte Anspruch hat, nicht unbedeutend abgeschwächt. Das Gesetz muß freilich Vorsorge treffen, daß die Verletzung nicht auch dann, wenn eine Benachteiligung des Verletzten mit ihr nicht verbunden ist, zur Versagung des Zuschlags führe. Allein dies kann, mit Vermeidung jener Abschwächung, dadurch geschehen, daß man die Versagung für den Fall, wenn das Recht des Beteiligten durch den Zuschlag nicht beeinträchtigt wird, ausschließt."

Die Gesetzesmaterialien dürften also klar erkennen lassen, daß eine durch den Verfahrensmangel veranlaßte Beeinträchtigung ausgeschlossen sein muß (vgl. auch OLG. Jena: SeuffArch. 69, 83).

Auch hinsichtlich des Schuldners muß selbstverständlich geprüft werden, ob seine Beeinträchtigung auch tatsächlich auf den in

[1]) JW. 1917, 462.

sie in dem Beschl. v. 25. Jan. 1933 (JW. 1933, 1901) dargelegt wird, bei. Die Entsch. des OLG. Hamburg v. 13. Juli 1929, Bs Z II 201/29; Z Bs 2/29, braucht hier nicht erörtert werden, da sie auf die Besonderheiten des derzeit zur Entsch. stehenden Tatbestan- des abgestellt ist. Eine Verallgemeinerung ist daher nicht gerecht- fertigt.

Mit dem KG. ist also davon auszugehen, daß durch die un- richtige Bildung des geringsten Gebots der Schuldner nur dann be- nachteiligt ist, wenn sich seine Rechtslage bei richtiger Bildung günstiger gestaltet hätte. Entsprechendes gilt für einen beteiligten Gläubiger. Die Möglichkeit allein, daß bei einer anderen Fest- setzung des geringsten Gebots das Meistgebot hätte günstiger aus- fallen können, kann nicht als Voraussetzung für die Anwendung des § 84 ZwVerstG. ausreichen. Theoretisch ist diese Möglichkeit immer gegeben. Um den § 84 ZwVerstG. nicht praktisch völlig auszuschalten, sondern diesem vielmehr seinem Sinne nach gerecht zu werden, muß es daher zur Verneinung eines ursächlichen Zu- sammenhanges genügen, wenn die besonderen Umstände des Einzel- falles keinerlei Anhaltspunkt dafür bieten, daß das Meistgebot bei anderer Bildung des geringsten Gebots geringer ausgefallen oder ein Gebot überhaupt nicht abgegeben worden wäre. Zu einer solchen Annahme bietet aber der zur Entsch. stehende Tatbestand keinen Anlaß (wird näher begründet). Daher muß § 84 ZwVerstG. Anwendung finden.

(LG. Hamburg, 1. ZK., Beschl. v. 14. Juli 1934, Zw Bs 218/34.)

Ber. von Ass. Dr. Hermann Vogel, Hamburg.

Frage stehenden Verfahrensmangel zurückzuführen ist. Eine solche Prüfung wird aber gerade hier besonders häufig ergeben, daß der Schuldner wenigstens möglicherweise durch den Mangel einen Nach- teil erlitten haben kann (vgl. Brand-Baur S. 248). Da in- dessen der Zuschlag trotz des Mangels nur erteilt werden darf, wenn es feststeht, daß eine ursächliche Beeinträchtigung nicht vor- liegt, so kann die Beeinträchtigung des Schuldners nur dann als ausgeschlossen gelten, wenn der Verfahrensmangel ausschließlich das Recht eines anderen betrifft, der das Verfahren genehmigt oder selbst von dem Mangel nicht beeinträchtigt wird. So z. B., wenn der unter Verletzung des § 83 Ziff. 4 mit seiner Anmeldung Zurückgewiesene der Erteilung des Zuschlags zustimmt oder wenn die Terminsbestimmung einem Beteiligten nicht rechtzeitig zu- gestellt worden ist. Niemals kann aus dem Gesetz entnommen werden, daß eine Beeinträchtigung nur da anzunehmen sei, wo es sich in einer bestimmten Summe feststellen läßt. Der Schuldner z. B., der wegen nicht gehöriger Ladung dem Zuschlage wider- sprechen will, wird selbst dann für benachteiligt gelten müssen, wenn das Meistgebot alle eingetragenen Ansprüche deckt. Dies gilt insbes. auch für den Fall, daß der Versteigerungstermin mit einer zu kurzen Frist anberaumt war oder die Versteigerung nicht die gesetzliche Mindestdauer gehabt hat (§ 83 Abs. 6). Das Recht eines Beteiligten, also auch des Schuldners, wird beeinträchtigt, wenn es in irgendeiner Weise geschmälert oder verringert oder anders gestaltet wird, als der Berechtigte gesetzlich verlangen kann. Mit der herrschenden Meinung ist auch nach wie vor daran festzuhalten, daß eine Beeinträchtigung des Schuldners dadurch nicht ausge- schlossen wird, daß das Meistgebot den Wert des Grundstücks er- reicht oder übersteigt. Namentlich ist aber mit der herrschenden Meinung eine Benachteiligung des Schuldners bei einer unrichtigen Feststellung des geringsten Gebots oder der Versteigerungsbedin- gungen oder bei Nichtbeachtung der Vorschr. über Einzel- und Gesamtausgebot nicht für ausgeschlossen zu erachten. Darauf, daß die besonderen Umstände des Einzelfalles keinerlei Anhaltspunkte dafür bieten, daß das Meistgebot bei anderer Bildung des geringsten Gebots geringer ausgefallen oder ein Gebot überhaupt nicht ab- gegeben worden wäre, kommt es nicht an, denn der Mangel der Benachteiligung ist mit voller richterlicher Verantwortlichkeit und unter Aufbürdung aller Folgen einer dabei unterlaufenden Pflicht- verletzung gegen den Benachteiligten festzustellen. Auch der Schuld- ner braucht daher die Beeinträchtigung in keiner Weise glaubhaft zu machen. Alles kommt deshalb darauf an, die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Schuldners vollkommen und restlos auszu- schließen. Ist ein solcher Ausschluß nicht zweifelsfrei feststellbar, so läßt sich auch nicht feststellen, daß eine Rechtsbeeinträchtigung des Schuldners nicht vorliegt.

Während also nach § 84 der Zuschlag zu versagen ist, wenn nicht feststeht, daß das Recht des Schuldners beeinträchtigt wird, ist z. B., wenn der Schuldner bei einem Meistgebot, das den wahren Wert des Grundstücks nicht erreicht, seinem aus § 85 ge- stellten Antrage auf Terminsverlegung nur zu entsprechen, wenn feststeht, daß ein solches Recht beeinträchtigt wird. Im Zweifels- falle hat hier also der Schuldner selbst dem Vollstreckungsgericht seine Beeinträchtigung darzutun, weil hier das Gesetz von ihm den

Amtsgerichte

Königsberg

1. § 57 SchRG. v. 1. Juni 1933 umfaßt nicht die Kosten der Eintragung einer Eigentumsänderung im Grundbuch.

Die Antragstellerin begehrt, die durch die Eigentumseintra- gung entstandenen Kosten gem. § 57 SchRG. und Art. 34 der 6. DurchfVO. v. 7. Juli 1934 außer Ansatz zu bringen. Sie beruft sich darauf, daß die Eintragung für die Durchführung des Entschuldungsverfahrens notwendig gewesen sei.

Die Erinnerung hatte jedoch keinen Erfolg. Es ist zwar rich- tig, daß zur Durchführung des Entschuldungsverfahrens klare Rechtsverhältnisse geschaffen werden sollen. § 57 SchRG. umfaßt nur solche Eintragungen, die aus Anlaß des Entschuldungsver- fahrens erfolgen. Hierunter fallen nur die Eintragungen, die un- mittelbar mit dem Entschuldungsverfahren im Zusammenhang stehen, und deren Erledigung sich zwangsweise aus dem Verfah- ren selbst ergeben. Darunter sind die Eintragungen des Eröff- nungsvermerkes, der Tilgungshypotheken und ähnliches zu ver- stehen.

Die Eigentumsänderung steht jedoch mit dem Entschuldungs- verfahren in keinem unmittelbaren Zusammenhang, sondern war bedingt durch das Ableben des Rechtsvorgängers und die testa- mentarische Erbeinsetzung. Diese Eintragung erfolgte nur mit- telbar im Hinblick auf das Entschuldungsverfahren und nicht aus Anlaß.

Die Antragstellerin hätte auch aus anderen Gründen, z. B. zur Vornahme irgendeiner Verfügung über das Grundstück oder eines Rechtes an dem Grundstück, stets die Eintragung der Eigen- tumsänderung vornehmen lassen müssen.

Art. 34 der 6. DurchfVO. greift ebenfalls nicht Platz, da es sich dabei um Gebührenfreiheit für Urkunden handelt.

(AG. Königsberg i. Pr., Beschl. v. 31. Aug. 1934, Abt 30, Wargienen 5.)

Ber. von Ref. Florenz Plaßmann, Königsberg i. Pr.

B. Arbeitsgerichte

Reichsarbeitsgericht

Berichtet von Rechtsanwalt Dr. W. Oppermann, Dresden

** **1.** §§ 612, 826 BGB. Es besteht keine Vermutung dafür, daß der im Betrieb seiner Frau tätige Ehemann Arbeitnehmer sei und einen Lohnanspruch gegen seine Frau habe. Grundsätzlich hält die Rspr. daran fest, daß

Nachweis der Beeinträchtigung fordert (vgl. Wolff § 85 Ziff. 2 und Reinhard-Müller § 85 Ziff. 2 b).

Schließlich sei noch kurz auf die Unrichtigkeit der Behauptung eingegangen, infolge unrichtiger Feststellung des geringsten Gebots, wenigstens was den durch Zahlung zu berichtigenden Betrag an- geht, könne das Recht des Schuldners durch den Zuschlag nur beeinträchtigt werden, wenn es zu niedrig festgestellt ist und der Mangel auch nicht dadurch geheilt ist, daß das Meistgebot die Höhe erreicht, zu der das geringste Gebot hätte festgestellt werden müssen. Eine zu hohe Feststellung des geringsten Gebots soll da- nach eine Beeinträchtigung des Rechtes des Schuldners nie zur Folge haben können. Das Recht des Schuldners gehe nur dahin, daß der Zuschlag nicht zu einem geringeren Gebot erteilt wird (vgl. Wenz: Rechtspfleger 1932, 519 gegen KG.; und ferner auch Korintenberg-Wenz § 84 Ziff. 2 b). Diese Ansicht über- sieht, daß das Recht des Schuldners nicht so sehr durch die falsche Festsetzung des geringsten Gebots als durch die trotzdem erfolgende Erteilung des Zuschlags verletzt wird. Der Schuldner hat das Ver- fahrensrecht auf Einhaltung der Vorschr. über die Berechnung des geringsten Gebots, einerlei ob es vom Versteigerungsgericht nach oben oder nach unten überschritten wird. Dieses Recht muß ver- letzt werden, wenn trotz Nichtbeachtung der Vorschr. über das ge- ringste Gebot der Zuschlag erteilt wird. Die Verletzung des Eigen- tums und des Wertes des Grundstücks kann bei Anwendung der §§ 83 Abs. 1 und 84 keine Rolle spielen, weil sie auch bei den Best. der §§ 44 ff. keine Rolle spielt. Niemals erscheint ohne weiteres aber die Möglichkeit ausgeschlossen, daß zu einer anderen Zeit bei Vorhandensein anderer Bieter noch ein höheres Gebot abgegeben wor- den wäre, bei dem dann, wie die Denkschrift sagt, der nach Be- friedigung der Berechtigten übrigbleibende Rest des Versteigerungs- erlöses dem bisherigen Eigentümer des Grundstücks zufallen würde. Der Schuldner hat also ein erhebliches rechtliches und wirt- schaftliches Interesse daran, unter allen Umständen darauf zu be- stehen, daß der Zuschlag nicht erteilt wird, wenn Fehler irgend- welcher Art bei Berechnung des geringsten Gebots unterlaufen sind.

LGR. Dr. Fraeb, Hanau.

ein Schuldner nicht verpflichtet ist, seine Arbeitskraft in den Dienst seiner Gläubiger zu stellen. Offen bleibt die Frage, ob Gläubiger von gesetzlichen Unterhaltsansprüchen eine besondere Behandlung unter dem Gesichtspunkt des § 826 BGB. verdienen, und ob die heute stärker betonte Rücksicht auf den gemeinen Nutzen eine gewisse Lockerung dieser Rspr. erfordert.

Das LArbG. hat den Anspruch der Kl. einmal auf Grund des § 612 Abs. 2 BGB. verb. m. § 835 ZPO. zugesprochen. Es meint, mit dem Urt. RArbG. 6, 282 (= BenshSammL. 9, 511; JW. 1931, 2595) sei davon auszugehen, daß der im Betrieb seiner Frau tätige Ehemann Arbeitnehmer sei und einen Lohnanspruch gegen seine Frau habe. Ein solcher Rechtssatz ist aber in dem angezogenen Urt. nicht ausgesprochen. In dem dort entschiedenen Fall handelte es sich darum, ob zwischen der Frau und dem in ihrem Geschäft arbeitenden Mann ein Arbeitsverhältnis i. S. der TarVO. bestand, das dann einem bestimmten, für allgemeinverbindlich erklärten TarVertr. unterfiel. Daß ein Dienstvertragsverhältnis anzunehmen war, konnte kaum ernstlich zweifelhaft sein, nachdem das LArbG. festgestellt hatte, daß unter den Eheleuten bei Beginn der Tätigkeit des Mannes ausdrücklich vereinbart worden war, er solle als Entgelt neben freier Wohnung und Kost wöchentlich 30 *RM* zur Deckung seiner persönlichen Bedürfnisse und Spesen erhalten, und daß die Frau diese Zahlungen anfänglich auch regelmäßig geleistet und in der Folgezeit nur wegen schlechten Geschäftsgangs unterlassen hatte, ohne daß aber an der alten Vereinbarung etwas geändert worden wäre. Es kam dann nur noch darauf an, ob das Dienstverhältnis als ein arbeitsrechtliches i. S. der TarVO. anzusehen war. Hierfür aber war es wesentlich, ob eine Abhängigkeit des Mannes von der Frau in bezug auf seine Tätigkeit in deren Geschäft bestand. Diese Abhängigkeit ist in dem in Rede stehenden Urt. schon darin gefunden worden, daß die Frau Geschäftsinhaberin und damit nach außen, insbes. Dritten gegenüber, für alle Vorkommnisse im Geschäft verantwortlich war. Das Dienstverhältnis des Mannes, das sich namentlich aus der Vereinbarung über das Entgelt ergab, war somit ein abhängiges, also ein Arbeitsverhältnis i. S. der TarVO.

Von diesem Fall unterscheidet sich der vorliegende gerade darin wesentlich, daß hier von einer Entgeltvereinbarung der Bekl. mit ihrem Manne nicht die Rede ist. Liegt, wie hier, nichts anderes vor, als daß der Ehemann im Geschäft der Frau tätig ist und seinen Unterhalt aus den Geschäftserträgnissen bezieht, so kann dem ebensogut ein rein familienrechtliches Verhältnis zugrunde liegen, wie ein Dienstvertragsverhältnis, sei es arbeitsrechtlicher oder allgemein bürgerlicher Art; eine gesetzliche oder auch nur tatsächliche Vermutung besteht weder für die eine noch für die andere Möglichkeit. Um annehmen zu können, daß — sei es auch nur stillschweigend — unter den Eheleuten ein Dienstvertragsverhältnis begründet worden ist, aus dem der Ehemann gegen seine Frau einen klagbaren Vergütungsanspruch hat, bedarf es weiterer Feststellungen. Da sie im vorl. Fall nicht getroffen sind, ist die angef. Entsch., soweit sie sich auf § 612 BGB. stützt, nicht haltbar.

Das LArbG. meint aber auch auf § 826 BGB. seine Entsch. gründen zu können. Nach dieser Richtung hat es ausgeführt:

„Wenn die Bekl. und ihr Ehemann auch nach Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses im Okt. 1933 eine Gehaltsvereinbarung nicht getroffen, sondern es dabei belassen hätten, daß der Ehemann bei seiner Frau nur gegen Unterhalt und Wohnung arbeitete, so hätten beide sittenwidrig gehandelt. Es stehe im Widerspruch zu Treu und Glauben und zu der heutigen Auffassung von der Verpflichtung eines jeden Staatsbürgers, im Rahmen des ihm Möglichen seine Arbeitskraft zum Nutzen der Allgemeinheit auszunutzen, wenn jemand, der Verpflichtungen, besonders Unterhaltspflichten, gegenüber seinen Volksgenossen habe, seine Arbeitskraft nicht in der Weise ausnütze, daß er seinen Verpflichtungen genügen könne. Ein Schuldner habe dafür zu sorgen, daß er für seine Arbeit ein ortsübliches oder wenigstens angemessenes Entgelt erhalte. Wenn die Bekl. ihrem der Kl. gegenüber zum Unterhalt verpflichteten Ehemann, der in der Hauptsache ihr Geschäft leite und betreibe, für seine ganze Arbeitskraft nur Unterhalt und Wohnung gewähre, gebe sie ihm dadurch die Möglichkeit, sich seinen Unterhaltspflichten zu entziehen. Mindestens von der Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an sei die Bekl. sich auch bewußt gewesen, daß durch die getroffene Regelung die Kl. ihre Unterhaltsansprüche nicht verwirklichen könne. Dieses Bewußtsein, daß die Kl. durch die getroffene Regelung Schaden erleiden könnte, genüge zur Schadenshaftung aus § 826 BGB.; eine Absicht der Schädigung sei nicht erforderlich. Wenn die Bekl. auch nach Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses dabei geblieben sei, ihrem Mann für seine Arbeit nur Unterhalt und Wohnung zu gewähren, so widerspreche dies dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen. Wenn man dem Verhalten der Bekl. zustimmen wollte, wäre die Folge, daß die Kl. aus öffentlichen Mitteln, d. h. aus dem Vermögen der Steuerzahler zu unterhalten wäre.

Das sittenwidrige Verhalten der Bekl. würde auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Mann ihr selbst gegenüber unterhaltspflichtig sei. Wenn mehrere Unterhaltsberechtigte vorhanden seien, hätten sich die einzelnen Beschränkungen aufzuerlegen; eine Vorzugsbehandlung könne die Bekl. nicht verlangen, und sie dürfe deshalb von dem Ertrag der Arbeit des Unterhaltspflichtigen nicht mehr für sich in Anspruch nehmen, als ihr unter Berücksichtigung auch der anderen Unterhaltsberechtigten zustehe; sonst mache sie sich eines gegen die guten Sitten verstoßenden Handelns schuldig. Durch die getroffene Abrede habe sich die Bekl. eine sittenwidrige Sonderstellung verschafft."

Auch diese Erwägungen unterliegen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Zunächst ist nicht einzusehen, warum gerade durch die Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses v. 21. Okt. 1933 der Bekl. und ihrem Mann die Pflicht erwachsen sein soll, das bis dahin — wie hier zu unterstellen — rein familienrechtliche Verhältnis in ein Dienstvertragsverhältnis umzugestalten, das dem Manne die Erfüllung seiner Unterhaltspflicht gegenüber der Kl. ermöglichte. Als die zweite Ehe geschlossen wurde (Juli 1932), wußten beide Ehegatten, wie anzunehmen, nicht nur aus dem schon seit dem 24. März 1932 rechtskräftigen Scheidungsurteil, daß der Mann nach dem Gesetz (§§ 1572 ff. BGB.) seiner früheren Frau unterhaltspflichtig war, sondern der Mann war auch schon durch gerichtliches Urt. vom 27. Juni 1932 zur Leistung bestimmter Unterhaltsbeträge an seine erste Frau verurteilt worden. Neben diesen neuen Verpflichtungen bestanden die alten anscheinend erheblichen Geschäftsschulden des Mannes. Wenn überhaupt eine sittliche Pflicht eines Schuldners i. S. des § 826 BGB. anzuerkennen ist, seine Arbeitskraft so zu verwerten, daß ihm die Zahlung seiner Schulden möglich ist, kann sie nicht erst in dem Augenblick erwachsen, in dem der oder ein Gläubiger eine Vollstreckung versucht. Daß dieser Vollstreckungsversuch gerade von der unrichtigen Annahme ausgeht, es bestehe ein die Lohnpfändung ermöglichendes Dienstvertragsverhältnis, kann keine Bedeutung haben. Wenn § 826 BGB. überhaupt anwendbar sein soll, müßte die Sittenwidrigkeit schon darin zu finden sein, daß die Bekl. sich von Anfang an darauf einließ, daß das Agentur- und Kommissionsgeschäft auf ihren Namen gegründet und geführt wurde, oder doch darin, daß sie nicht wenigstens mit ihrem Mann ein Anstellungsverhältnis vereinbarte und dem Mann ein bestimmtes ausreichendes Gehalt — sei es gleich, sei es nach entsprechender Entwicklung des Geschäfts — zusicherte.

In der Tat hat denn auch das LArbG. ganz allgemein angenommen, daß jeder Schuldner, insbes. aber wenn es sich um (gesetzliche) Unterhaltspflichten handele, dafür zu sorgen habe, daß er für seine Arbeit ortsübliches oder doch angemessenes Entgelt erhalte, und daß die Bekl. durch die Nichtvereinbarung eines solchen Entgelts ihrem Mann die Möglichkeit gegeben habe, sich der Erfüllung seiner Unterhaltspflicht zu entziehen. Die Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses wird anscheinend nur dahin verwertet, daß spätestens von diesem Zeitpunkt ab die Bekl. sich bewußt geworden sei, daß durch die getroffene Regelung die Kl. in ihrem Unterhaltsanspruch geschädigt werde. Dem steht aber folgendes Bedenken entgegen:

Das RArbG. hat — im Anschluß an die feststehende Rspr. des RG. — stets daran festgehalten, daß grundsätzlich ein Schuldner nicht verpflichtet sei, mit Rücksicht auf seine sonst ausfallenden Gläubiger seine Arbeitskraft in einer Weise zu verwerten, die einen Zugriff der Gläubiger ermöglicht (vgl. z. B. Urt. v. 29. Juni 1929, RAG 55/29: BenshSammL. 6, 364[1]); v. 12. Juli 1930, RAG 82/30: BenshSammL. 9, 518[2]); v. 23. Juli 1930, RAG 169/30: BenshSammL. 19, 511[3]); v. 17. Sept. 1930, RAG 167/30: BenshSammL. 10, 161).

Grundsätzlich ist davon auch keine Ausnahme gemacht worden, soweit es sich um Gläubiger von gesetzlichen Unterhaltsansprüchen handelt. Es wird sich allerdings fragen, ob nicht solche Gläubiger im Hinblick auf § 361 Nr. 10 StGB. eine besondere Behandlung auch unter dem Gesichtspunkt des § 826 BGB. verdienen, ferner, ob nicht die heute stärker als früher betonte und anerkannte Rücksicht auf den gemeinen Nutzen eine gewisse Lockerung der bezeichneten Rspr. erheischt. Eine grundsätzliche Entsch. ist zur Zeit nicht geboten, denn im vorl. Fall kann von einem sittenwidrigen Verhalten der Bekl. jedenfalls nur dann die Rede sein, wenn ihr Geschäft einträglich genug war, um eine andere, der Kl. günstigere Regelung des Entgelts des Ehemanns zu tragen (vgl. auch Urt. v. 23. Jan. 1932, RAG 333/31). Nun nimmt zwar das LArbG. an, daß die Bekl. und ihr Mann aus dem Geschäft ein Einkommen hätten, das die Zahlung einer Unterhaltsrente von monatlich 40 *RM* an die Kl. gestatte. Diese allgemeine Feststellung reicht aber nicht aus, zumal sie sich ganz allein auf die nach der Lebenserfahrung sehr wenig schlüssige Tatsache stützt, daß in dem Geschäft der Bekl. ein Kraftwagen verwendet wird und daß auch schon in der kurzen Zeit seines Bestehens der erste Wagen durch einen neuen ersetzt worden ist. Dieser Umstand ermöglicht noch nicht eine zutreffende Beurteilung der Ertragsfähigkeit des Geschäfts. Es ist aber auch nicht zu erkennen, ob das LArbG. ausreichend berücksichtigt hat, daß die Bekl. für ihren Mann an dessen ersteheliches Kind

[1]) JW. 1930, 3117. [2]) JW. 1932, 208. [3]) JW. 1931, 2595.

30 RM monatlich abführt und daß auch aus ihrer eigenen Ehe ein unterhaltsberechtigtes Kind vorhanden ist.

Diese Fragen sind übrigens auch dann von Bedeutung, wenn etwa ein Dienstvertragsverhältnis zwischen der Bekl. und ihrem Mann anzunehmen wäre und es sich darum handelte, den Betrag der nach § 612 Abs. 2 BGB. dem Mann zukommenden Vergütung zu bestimmen.

Beachtlich bei Beurteilung der Sittenwidrigkeit des Verhaltens der Bekl. ist auch, daß das Urt., durch das der Kl. eine Unterhaltsrente von 40 RM monatlich zugesprochen worden ist, anscheinend die Wiederverheiratung des Mannes noch nicht berücksichtigt hat, danach also, wenn es auch formell noch in Geltung war, doch inhaltlich der veränderten Sachlage möglicherweise nicht mehr entsprach.

(RArbG., Urt. v. 4. Juli 1934, RAG 97/34. — Elbing.)

C. Verwaltungsbehörden u. Verwaltungsgerichte

I. Reich

Reichsfinanzhof

Berichtet von den Reichsfinanzräten Arlt, Bodenstein, Ott und Sölch

[✕ Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt.]

✕ **1.** § 10 RAbgO.; § 37 Abs. 1 Nr. 1 EinkStG. Die Steuerpflicht von Dividendeneinnahmen kann nicht dadurch umgangen werden, daß die Aktien vor der Generalversammlung, die über die Höhe der Dividende beschließt, verkauft und nach der Generalversammlung zu einem vorher vereinbarten Kurs zurückgekauft werden.

Der Beschwerdegegner ist Vorstandsmitglied der K.-AktG. Er besaß in den hier streitigen Jahren 1928 und 1929 rund 13 000 000 RM K.-Aktien, die er in den Jahren 1925 und 1926 zum größten Teile durch Aufnahme von Krediten erworben hatte. Er verkaufte hiervon jeweils vor der GenVers. der K.-AktG. nominell 6 000 000 RM an ein Bankhaus und kaufte den gleichen Nennbetrag nach der GenVers., also nach Ausschüttung des Gewinnes und Abtrennung der Gewinnanteilscheine zurück. Im Jahre 1928 hat er die Aktien zu einem Durchschnittskurs von etwa 174% verkauft und zu 166% zurückgekauft. Im Jahre 1929 betrug der durchschnittliche Verkaufskurs 226,5% und der Rückkaufskurs 218%. Die Unterschiede zwischen Kaufkurs und Verkaufskurs betragen also jeweils rund 8%. Die Börsenkurse betrugen am Tage des jeweiligen Rückkaufes 248½% (1928) und 211% (1929). Die Rückkaufskurse sind bereits beim Verkauf durch Einräumung einer Option vereinbart worden. In beiden Jahren ist auf die hier in Frage stehenden Aktien ein Gewinnanteil von 12% (= 720 000 RM) ausgeschüttet worden. Die gleichen Maßnahmen hat der Beschwerdegegner in dem hier nicht streitigen Jahre 1926 getroffen.

Das FinA. hielt die Verkäufe und Ankäufe für eine unzulässige Steuerumgehung i. S. des § 10 RAbgO. und hat die Unterschiede zwischen Verkaufspreis und Kaufpreis nach Abzug der Unkosten als steuerpflichtige Einkünfte aus Kapitalvermögen behandelt, und zwar 1928 mit 498 272 RM und 1929 mit 443 325 RM. Es handle sich bei den vom Beschwerdegegner getroffenen Maßnahmen um keinen ernstlichen Verkauf, sondern nur um solche Maßnahmen, die ihm steuerliche Vorteile haben verschaffen sollen. Der Beschwerdegegner habe die Aktien in Wirklichkeit gar nicht veräußert. Sie seien in seinem Besitz verblieben. Das ergebe sich insbes. daraus, daß er bereits vor dem jedesmaligen Verkauf einen Rückkauf gesichert habe. Die Verkaufskurse und die Wiederkaufskurse wichen erheblich von den Börsenkursen ab. Im Ergebnis habe der Beschwerdegegner lediglich die Gewinnanteilscheine veräußert. Es können dem Beschwerdegegner allerdings nicht die gesamten Dividenden von jeweils 720 000 RM als Einkünfte aus Kapitalvermögen zugerechnet werden, weil er nicht selbst die Gewinnanteilscheine eingelöst, sondern sie vor Fälligkeit veräußert habe. Anzurechnen seien ihm aber die Einkünfte, die ihm die Veräußerung der Dividendenscheine an seine Bank gebracht habe.

Der Beschwerdegegner machte geltend, daß ihm die Dividende gar nicht zugeflossen sei, sondern dem Bankhaus. Er könne nicht gezwungen werden, seine Maßnahmen so einzurichten, daß er möglichst viel Steuern zahle. Es stehe ihm frei, sich bei seinen Maßnahmen steuerlich so vorteilhaft und günstig wie nur möglich einzurichten. Daher könne auch nichts dagegen eingewendet werden, daß er auf demselben Wege wie zahlreiche andere StPfl. einen Teil der drückenden Steuern gespart habe. Das sei im Wege des Reportgeschäfts zulässig. Die Veräußerung sei rechtlich gültig und wirksam erfolgt; es seien Schlußscheine gewechselt und die Börsenumsatzsteuer sei entrichtet worden. Die verkauften Aktien seien zwar auf Veranlassung des Bankhauses im Depot der K.-AktG. verblieben. Diese Firma habe aber eine große Depotverwaltung und verwalte auch Wertpapiere von fremden Personen. Das Bankhaus habe der K.-AktG. Anweisung gegeben, die Aktien dem Konto des Vorstandsmitgliedes S. zuzuteilen. Welche Abmachungen zwischen dem Bankhaus und S. bestanden hätten, wisse er nicht. Daß später die gleichen Stücke zurückgeliefert worden seien, sei ein Zufall gewesen. Das Bankhaus hätte die Aktien auch mittlerweile verkaufen können. Es hätte auch der Fall eintreten können, daß der Beschwerdegegner auf einen Rückkauf der Aktien verzichtet hätte, denn eine Bindung zur Ausübung der Option habe nicht bestanden. Bis zum Tage der GenVers. sei keinem der Vertragsteilnehmer bekanntgewesen, ob die K.-AktG. überhaupt eine Dividende zahle. Nach der Rspr. des RFH. über die steuerliche Behandlung des Reportgeschäfts sei die steuerliche Wirkung genau nach der formalen Rechtslage zu beurteilen.

Das FinGer. ist den Ausführungen des Beschwerdegegners beigetreten. Es sei das Recht jedes StPfl., seine Rechtsgeschäfte so einzurichten, wie sie für ihn am günstigsten seien. Das FinGer. sei zwar überzeugt, daß der Verkauf und der Wiederkauf der Aktien hauptsächlich oder vielleicht sogar lediglich zu dem Zwecke erfolgt sei, Steuern zu ersparen. Der Beschwerdegegner habe diese Absicht auch nie bestritten. Die Frage, ob die hier gewählte Rechtsform eine ungewöhnliche sei, daß sie als Mißbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten anzusehen sei, sei lediglich nach ihrer Notwendigkeit zur Befriedigung des wirtschaftlichen Bedürfnisses zu beurteilen. Dem FinGer. sei bekannt, daß von größeren StPfl. solche Wege öfter eingeschlagen würden, und es vertritt den Standpunkt, daß diese auch dann nicht als ungewöhnlich zu gelten hätten, wenn bei der Wahl dieser Formen Steuerersparungsrücksichten mitsprechen oder sogar ausschlaggebend seien.

Die RBeschw. des FinA. ist begründet.

Nach § 10 Abs. 1 RAbgO. kann die Steuerpflicht nicht durch Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts umgangen oder gemindert werden. Ein Mißbrauch i. S. dieser Vorschr. ist dann anzunehmen, wenn der StPfl. zur Umgehung der Steuer eine ungewöhnliche Rechtsform wählt. Was ungewöhnlich ist, ergibt sich aus dem Zweck des Steuergesetzes, und zwar allein aus dem wirtschaftlichen Zweck des Steuergesetzes. Eine Rechtsform ist dann ungewöhnlich, wenn sie der ohne Steuerumgehungszwecke vorzunehmenden Geschäftsabwicklung nicht entspricht (vgl. Entsch. des RFH. v. 24. Nov. 1922, II A 251/22 = StW. 1923 Nr. 85). Es kommt nicht darauf an, ob die gewählte Rechtsform rechtlich als zulässig anerkannt ist. Auch eine Rechtsform, die bürgerlich-rechtlich nicht zu beanstanden ist und die zur Erreichung der verschiedensten wirtschaftlichen Zwecke geeignet ist, kann im Einzelfalle ungewöhnlich sein, wenn sich aus den gesamten Umständen erkennen läßt, daß nicht wirtschaftliche Gesichtspunkte, sondern Steuerumgehungsabsichten zu ihrer Wahl geführt haben. Deshalb schlägt der Hinweis des Beschwerdegegners auf die steuerliche Behandlung der sog. Reporteffekten nicht durch. Im vorliegenden Falle handelt es sich gar nicht um ein eigentliches Reportgeschäft, denn es wurde überhaupt nicht nach den für Kostgeschäfte bestehenden Best. abgeschlossen. Der Beschwerdegegner führt selbst aus, daß er ein Optionsrecht mit der Bank vereinbart hat und daß die Möglichkeit bestanden hätte, dieses Optionsrecht nicht auszuüben. Aber auch wenn die hier streitigen Geschäfte formal in jeder Hinsicht in die Form eines Kostgeschäfts gekleidet worden wären, könnten sie mit Wirkung für die EinkSt. nicht anerkannt werden. Werden derartige Geschäfte vorwiegend in der Absicht abgeschlossen, die EinkSt. zu umgehen, so liegt ein ungewöhnliches Rechtsgeschäft vor, dessen Anerkennung für die Wirkung auf die EinkSt. zu versagen ist. Der Beschwerdegegner irrt daher, wenn er annimmt, seine Steuer durch derartige Geschäftsabschlüsse drücken zu können. Es ist auch nicht erkennbar, daß er aus beachtlichen wirtschaftlichen Gründen die Aktienverkäufe und -käufe abgeschlossen hätte. Es spricht vielmehr die Tatsache, daß er mit einer gewissen Regelmäßigkeit (1926, 1928, 1929) jeweils kurz vor der GenVers. die Aktien verkauft und kurz nach der GenVers. die Aktien zurückgekauft hat, dafür, daß ausschließlich Steuerersparnisgründe diese Maßnahmen veranlaßt haben. Das bestreitet er im übrigen auch selbst nicht. Daß dieser Erfolg bei Anerkennung der streitigen Geschäfte erreicht worden wäre, kann ebenfalls nicht bestritten werden. Denn er hätte durch Verkäufe zu höheren Kursen und Rückkäufen zu niedrigeren Kursen Kursgewinne erreicht, die in Wirklichkeit nichts anderes darstellen als die Dividende abzüglich der Unkosten für die Durchführung und den Gewinnanteil der Bank. Es würde also eine recht erhebliche Steuerersparnis bleiben. Wenn der Beschwerdegegner darauf hinweist, daß er nicht verpflichtet gewesen sei, die Option auszuüben und daß die Höhe der Dividende erst durch die GenVers. festgesetzt worden sei, so können auch diese Einwände die Entsch. nicht zugunsten des Beschwerdegegners beeinflussen. Aus den gesamten Umständen, insbes. aus der Regelmäßigkeit der getroffenen Maßnahmen jeweils zur Zeit der GenVers. muß geschlossen werden, daß die gesamten Handlungen, insbes. die Vereinbarung der Option, lediglich aus steuerlichen Gründen vorgenommen worden sind, so daß die Ausübung des Optionsrechts ernstlich gar nicht in Frage stand. Es ist zwar

richtig, daß die Höhe der Dividende erst durch die GenVers. festgesetzt wird und daß deshalb möglicherweise die vorherige Festsetzung des Rückkaufskurses ein gewisses Wagnis in sich birgt. Für den vorliegenden Fall ist aber zu berücksichtigen, daß der Beschwerdegegner in den hier streitigen Jahren selbst dem Vorstande der K.-AktG. angehört hat und daß er deshalb und mit Rücksicht auf den vom Vorstand und den befreundeten Banken vertretenen Aktienbesitz bereits vor der GenVers. mit größter Wahrscheinlichkeit die Höhe der voraussichtlich von der GenVers. zu beschließenden Dividende kannte. Da hiernach das FinGer. den § 10 RAbgO. unrichtig ausgelegt hat, war die Vorentscheidung aufzuheben. Bei den hier vorliegenden klaren Verhältnissen brauchte der Senat nicht zu prüfen, ob sich nicht auch eine Steuerpflicht der streitigen Beträge aus § 42 EinkStG. (Spekulationsgewinn) ergeben hätte.

Die Sache ist spruchreif. Nach den obigen Darlegungen liegen die Voraussetzungen des § 10 RAbgO. vor. Die Dividenden von je 720 000 *RM* sind daher abzüglich der durch den Verkauf und Rückkauf verursachten Unkosten und der Vergütung an das Bankhaus zu den Einkünften aus Kapitalvermögen zu rechnen.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 11. Juli 1934, VI A 501/33.)

*

2. § 3 Abs. 2 KörpStG.; § 3 Abs. 2 Nr. 2 EinkStG. Die gelegentliche Entsendung von Reisenden durch eine ausländische Firma ins Inland begründet keine ständige inländische Vertretung der ausländischen Firma, selbst wenn die Reisenden während ihres Aufenthalts im Inland die allgemeinen Interessen ihrer Firma vertreten.

Das FinGer. hat angenommen, daß die Reisenden, welche von Zeit zu Zeit die deutschen Kunden der BeschwF. besuchen, ihre ständigen inländischen Vertreter gewesen seien. Diese Reisenden hätten sich nicht nur mit Kundenwerbung und Auftragseinholung, sondern auch mit der Prüfung der Ware und den Beanstandungen durch die Kunden befaßt.

Hiermit hat das FinGer. den Begriff des ständigen Vertreters verkannt. Die beschränkte Steuerpflicht war ursprünglich nur für solche Gewerbetreibende ausgesprochen, für die im Inland eine Betriebsstätte unterhalten wird. Sie ist durch die Nov. v. 8. April 1922 ausgedehnt worden auf Betriebe, für die im Inland ein ständiger Vertreter bestellt ist. Als Zweck dieser Erweiterung wurde in den Vorarbeiten zur Novelle angegeben, daß die Betriebsstätte als Voraussetzung der beschränkten Steuerpflicht nicht genüge; wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse im wesentlichen die gleichen seien wie beim Vorhandensein einer Betriebsstätte, so sei die beschränkte Steuerpflicht angebracht, auch wenn die feste örtliche Anlage oder Einrichtung fehle, und dies treffe für den Fall zu, daß ein ständiger Vertreter bestellt sei (vgl. hierzu Evers, KörpStG., 2. Aufl., S. 257 Anm. 32).

Diese Ähnlichkeit mit einer Betriebsstätte ist aber nur dann gegeben, wenn die ausländische Firma durch eine dauernde Einrichtung für ihre Vertretung gesorgt hat. Es ist nicht erforderlich, daß der ständige Vertreter immer die gleiche Person ist, auch nicht, daß er seinen Wohnsitz im Inland hat (vgl. RFH. 20, 316), wohl aber muß eine dauernde Einrichtung gegeben sein, die wirtschaftlich betrachtet, ähnliche Zwecke verfolgt wie eine Betriebsstätte. Von einer solchen dauernden Einrichtung kann aber nicht gesprochen werden, wenn, wie im vorl. Falle, die ausländische Firma gelegentlich Reisende ins Inland zum Besuch der Kundschaft aussendet. Die Reisenden können zwar als Vertreter der ausländischen Firma angesehen werden (Äußerung des StSekr. Zarden bei Evers a. a. O. S. 259), aber, da sie nur gelegentlich im Inland sind und nach Beendigung ihrer Reise wieder ins Ausland gehen und von diesem Zeitpunkt ab die ganze Einrichtung der Vertretung fortgefallen ist, bis etwa wieder ein Reisender das Inland besucht, nicht als ständige Vertreter.

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 29. Juni 1934, I A 56/33.)

*

3. § 13 KörpStG.; § 13 EinkStG. Auch wenn sich die Geschäftsanteile einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in einer Hand befinden, kann eine Änderung der Steuerbilanz nur anerkannt werden, wenn eine entsprechende Änderung der Handelsbilanz durch Vorlage des Protokolls einer Gesellschafterversammlung oder durch eine von dem alleinigen Gesellschafter unterzeichneten Handelsbilanz oder in sonstiger Weise nachgewiesen wird.

Die Rechtsausführungen der BeschwF. über die Zulässigkeit von Bilanzänderungen bei sog. Einmanngesellschaften laufen auf die Forderung hinaus, diese unter den gleichen Voraussetzungen wie bei natürlichen Personen zuzulassen. Dies ist abzulehnen. Wegen der bei Einzelkaufleuten, OHG. und KommGes. möglichen nachträglichen formlosen Änderung der Handelsbilanz (Anpassung an die Steuerbilanz) sieht das Urt. VI A 879/27 v. 17. April 1929 (RStBl. 1929, 455) regelmäßig schon in dem Verlangen, einen für die Besteuerung ungünstigen Posten anzusetzen, also ein Aktivum zu streichen oder herabzusetzen oder ein Passivum neu zu bilden oder zu erhöhen, die Erklärung, daß auch die Handelsbilanz entsprechend geändert werde. Diese bei natürlichen Personen, OHG. oder KommGes. anerkannte Unterstellung kann für GmbH. auch in der Form von Einmanngesellschaften keine Geltung haben. Nach § 46 des Ges. betreffend die GmbH. unterliegt die Feststellung der Jahresbilanz der Best. der Gesellschafter. Die Beschlußfassung kann formlos erfolgen; insbes. ist die Aufnahme eines Protokolls gesetzlich nicht vorgeschrieben. Die im Zweifel durch Mehrheitsbeschluß erfolgende Feststellung kann durch Unterzeichnung der Bilanz durch die Gesellschafter ersetzt werden (vgl. Brodmann, Komm. z. GmbHG., 2. Aufl., S. 181, 200, sowie Scholz, Komm. z. GmbHG., Ausgabe 1928 S. 461). Sind sämtliche Geschäftsanteile in einer Hand, so kann der alleinige Gesellschafter völlig formlos beschließen, doch muß sein Entschluß irgendwie nachweisbar sein (vgl. Scholz a. a. O. S. 489). Die Unterstellung, daß die im Steuerverfahren abgegebenen Erklärungen den Entschluß, auch die Handelsbilanz abzuändern, zum Ausdruck bringen, kann mit Rücksicht auf die Vorschr. des § 46 GmbHG., nach der die Feststellung der Jahresbilanz der Best. durch die Gesellschafter unterliegt, den formellen Nachweis nicht ersetzen. Dies muß für den Streitfall um so mehr gelten, als § 21 des Gesellschaftsvertrags ausdrücklich vorsieht, daß die von der Gesellschafterversammlung gefaßten Beschlüsse in ein Protokollbuch einzutragen und von dem Vorsitzenden zu unterzeichnen sind. Eine steuerlich wirksame Änderung der Handelsbilanz kann daher nur dann anerkannt werden, wenn sie durch Vorlage eines Protokolls oder einer von dem alleinigen Gesellschafter unterzeichneten Handelsbilanz oder in sonstiger Weise nachgewiesen wird (vgl. Scholz a. a. O. S. 492).

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 29. Juni 1934, I A 17/34.)

*

4. § 13 KörpStG.; §§ 13, 20 EinkStG. Wenn auf Aktien im Besitz einer körperschaftsteuerpflichtigen Gesellschaft eine Liquidationsrate gezahlt wird, so hat die Gesellschaft das Recht, die abgestempelten alten Aktien in ihrer Schlußbilanz einzusetzen entweder mit dem bisherigen Buchwert, vermindert um die Liquidationsrate, oder mit dem höheren Kurswert des Bilanzstichtages.

Die Pflichtige besaß am 31. Dez. 1926 nom. 699 612 T.-Aktien. Die T.-AktG., eine Terraingesellschaft, befand sich in Liquidation und hatte im Laufe des Jahres 1926 50% des Nennwerts der Aktien als Liquidationserlös ausgeschüttet, so daß auf die Pflichtige 349 806 *RM* entfallen waren. Für den 31. Dez. 1926 hatte die Pflichtige ihren Bestand an T.-Aktien wie folgt bewertet: nom. 652 092 *RM* mit dem Anfangswert v. 1. Jan. 1926 541 770 *RM*, nom. 47 520 *RM* mit dem Anschaffungspreis 1926 24 266,50 *RM*, zusammen 566 036,50 *RM*, abzüglich des ausgeschütteten Betrags von 349 806 *RM* = 216 230,50 *RM*. Das FinA. vertrat die Auffassung, daß die Pflichtige diese Aktien nicht niedriger als mit dem Kurswert am Bilanzstichtag, der sich auf 233 204 *RM* belief, hätte einsetzen dürfen. Die Bewertung durch die Pflichtige sei eine steuerlich unzulässige Unterbewertung in Höhe von 16 973,50 *RM*.

Das FinGer. teilt nicht die Auffassung des FinA., daß die Pflichtige die T.-Aktien nicht niedriger als mit dem Kurswert am Bilanzstichtag hätte einsetzen dürfen. Handelsrecht und Steuerrecht stimmten darin überein, daß noch nicht realisierte Gewinne weder als Gewinne ausgewiesen noch auch versteuert werden sollten. Das sei auch grundsätzlich die Auffassung der Vorinstanz; diese meine aber, daß in Höhe des Unterschieds zwischen dem Kurswert und dem um die Ausschüttung geminderten Anschaffungspreise der Aktien eine Gewinnrealisierung bereits stattgefunden habe. Dieser Auffassung könne sich das FinGer. nicht anschließen. Die Pflichtige hätte zwar Ende 1926 die Möglichkeit gehabt, ihren Besitz an T.-Aktien mit einem Gewinn von 16 973,50 *RM* zu liquidieren, wenn sie sich zu einem Verkauf ihres Aktienbestandes entschlossen hätte. Hiervon habe sie jedoch keinen Gebrauch gemacht. Die Möglichkeit einer Gewinnrealisierung der tatsächlichen Realisierung gleichzustellen, sei aber nicht angängig. Das FinGer. teile vielmehr die Auffassung der Pflichtigen, daß sich im Börsenkurs eine Chance widerspiegle, es aber keineswegs sicher sei, daß die Pflichtige später den Betrag von 233 204 *RM* — sei es als Liquidationsausschüttung, sei es als Veräußerungspreis — erhalten werde. Da die Bilanzierungsmethode der Pflichtigen dazu führe, daß der aus dem Aktiengeschäft erzielte Gewinn nicht früher versteuert werde, als er tatsächlich realisiert werde, nämlich frühestens in dem Jahre, in dem der Gesamtbetrag der Ausschüttungen die für den Erwerb der Aktien aufgewendete Summe überschreite, halte das FinGer. diese Bilanzierungsmethode für zulässig.

Die RBeschw. ist als unbegründet zurückgewiesen.

Daß die T.-Aktien in der Anfangsbilanz 1926 zulässig bewertet sind, ist nicht bestritten worden. Wenn die Pflichtige von diesem Anfangswert die im Steuerabschnitt erhaltene Liquidationsrate von 50% des Nennwerts der Aktien in Abzug gebracht und

in der Schlußbilanz den um die erhaltene Liquidationsrate verminderten Buchwert eingesetzt hat, so wäre diese Methode nur dann nicht zulässig, wenn die nach Zahlung der Liquidationsrate abgestempelten alten Aktien als ganz neue Betriebsgegenstände angesehen werden müßten, die erstmalig in der Bilanz Aufnahme gefunden haben. Das hat das FinGer. mit Recht verneint. Handelt es sich bei den abgestempelten T.-Aktien, auf die eine Ausschüttung von 50% des Nennwerts vorgenommen worden ist, nicht um neue, von den ursprünglichen T.-Aktien ganz verschiedene Betriebsgegenstände, dann kann jedenfalls von der BeschwF. im Hinblick auf die Vorschr. des § 20 EinkStG. nicht verlangt werden, die abgestempelten T.-Aktien in ihrer Schlußbilanz mit dem Kurswert v. 31. Dez. 1926 einzusetzen, der höher als der alte Buchwert der Aktien weniger der darauf gezahlten Liquidationsrate (50% des Nennwerts) ist. Die sachkundigen Mitglieder des FinGer. haben die Auffassung vertreten, daß die von der Pflichtigen gewählte Bilanzierungsmethode auch nicht kaufmännisch als unzulässig erachtet werden könne. Das FinA. stützt sich allerdings für seine gegenteilige Auffassung auf das Urt. ebenfalls sachkundiger Mitglieder des Steuerausschusses. Aus dieser verschiedenen Stellungnahme folgert der Sen., daß der Steuerpflichtige in Fällen der in Frage stehenden Art ein Wahlrecht hat, ob er in der Schlußbilanz den Kurswert der abgestempelten Aktien oder den um die Liquidationsrate verminderten Buchwert der Aktien einsetzen will. Bei der grundsätzlichen Bindung der Steuerbilanz an die Handelsbilanz ist daher die in der Handelsbilanz gewählte Methode auch steuerlich maßgeblich.

(RFH., 1. Sen., Vorbescheid v. 24. April 1934, bestätigt durch Urt. v. 17. Juli 1934, I A 40/32.)

*

5. § 13 KörpStG.; §§ 13, 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 Abs. 1 EinkStG.

1. Buchführende Erwerbsgesellschaften sind zwar berechtigt, jedoch nicht verpflichtet, die künftig erwachsenden Pensionslasten durch Einstellung eines Schuldpostens in ihre Handelsbilanzen zu berücksichtigen (vgl. RFH. 24, 310). Hat eine Gesellschaft in ihren Handelsbilanzen von dieser Berechtigung keinen Gebrauch gemacht, sondern die laufend anfallenden Pensionen unter den Unkosten verrechnet, so ist sie an dieses Verfahren auch für ihre Körperschaftsteuerveranlagungen gebunden.

2. Bei buchführenden Erwerbsgesellschaften ist eine Abweichung von dem Grundsatze der Abhängigkeit der Steuerbilanz von der Handelsbilanz auch nicht insoweit zulässig, als etwa in der Steuerbilanz zwischen zu hohen und zu niedrigen Bewertungen von Aktivposten oder zwischen zu niedrig bewerteten Aktiv- und Passivposten ein Ausgleich geschaffen werden darf. †)

Streitig ist die Höhe der abzugsfähigen Zuweisungen an den Pensionsfonds. Nach den Geschäftsberichten für 1928 und 1929 sind aus den Bilanzgewinnen der beiden Jahre je 50 000 *RM* dem Pensionsfonds zugewiesen worden. Das FinA. hat die beiden Zuweisungen zum Abzuge zugelassen. Demgegenüber hat die Gesellschaft unter Ber. auf RFH. 24, 310 verlangt, daß ihre Pensionsverpflichtungen mit dem nach versicherungsmathematischen Grundsätzen ermittelten Betrage in ihre Steuerbilanzen eingestellt und dementsprechend für die beiden Steuerabschnitte Neurückstellungen von 212 130 *RM* und 222 139 *RM* als abzugsfähig anerkannt würden. Ihre Einsprüche und Ber. sind zurückgewiesen worden, und zwar mit der Begr., daß der jeweilige Ansatz des Pensionsfonds in den Handelsbilanzen nicht gegen zwingendes Handelsrecht verstoße und daher nach der Rspr. des RFH. auch für ihre Steuerveranlagungen maßgebend sei.

Auch den RBeschw. mußte der Erfolg versagt werden.

Nach dem Grundsatze der Abhängigkeit der Steuerbilanz von der Handelsbilanz ist der StPfl. für das Gebiet der Körperschaftsteuer an die Bewertungen in seiner Handelsbilanz insolange gebunden, als diese nicht durch Generalversammlungsbeschluß geändert ist (vgl. z. B. Urt. v. 6. Febr. 1932, I A 471/30, RStBl. 1932, 335, StuW. 1932 Nr. 546). Eine Abweichung von diesem Grundsatz ist nur zulässig, soweit Ansätze der Handelsbilanz gegen zwingende Vorschr. des Handelsrechts oder Steuerrechts verstoßen (vgl. insbes. Urt. v. 12. Nov. 1929, I A a 213/29, RStBl. 1929, 660; StuW. 1929 Nr. 1031 und v. 11. Febr. 1930, I A 807/28, RStBl. 1930, 153; StuW. 1930 Nr. 557). Ein derartiger Verstoß wäre im vorl. Falle dann gegeben, wenn es nach deutschem Handelsrecht dem buchführenden Kaufmann zwingend vorgeschrieben wäre, die ihm obliegenden Pensionsverpflichtungen durch Einstellung eines Schuldpostens in die Passiven seiner Bilanz zu berücksichtigen. Darüber, ob eine solche Mußvorschrift tatsächlich zu den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung gehört, gehen die Meinungen im handelsrechtlichen Schrifttum auseinander. Während z. B. Reisch-Kreibig (Bilanz und Steuer, Bd. 2 S. 131) das Bestehen einer solchen Verpflichtung behauptet, vertritt Rehm (Die Bilanzen der AktG. usw., S. 257 ff.) die Auffassung, daß ein Passivposten für erst künftig zur Entstehung kommende Verpflichtungen in der Bilanz nichts zu tun habe. Auch in der Praxis wird in dieser Frage kein einheitliches Verfahren beobachtet. Gerade größere und gutfundierte Gesellschaften nehmen Passivierungen der bezeichneten Art in ihren Handelsbilanzen nicht vor, auch wenn die laufenden Pensionen und Pensionsanwartschaften erhebliche Summen ausmachen, weil die Pensionen ebenso wie die Gehälter und Löhne in die Gesamtunkosten eingerechnet werden und die Gesellschaften annehmen, daß im Geschäftsverlauf die Pensionen aus den laufenden Einnahmen bestritten werden können. Es wird daher davon auszugehen sein, daß der buchführende Kaufmann zwar berechtigt, jedoch nicht verpflichtet ist, für die Pensionsanwartschaften seiner Angestellten einen Passivposten in seine Handelsbilanzen einzustellen. Auf diesem Standpunkt steht auch die bisherige Rspr. des RFH., in der nur von einer Berechtigung zu solchen Passivierungen die Rede ist, wie sie auch sonst die Berücksichtigung von Schulden, die erst in einem späteren Steuerabschnitt zur Entstehung gelangen, wirtschaftlich

---

Zu 5. Nach feststehender Rspr. ist der Besteuerung die Handelsbilanz zugrunde zu legen, soweit sie nicht gegen zwingende handelsrechtliche oder steuerrechtliche Vorschr. verstößt. Auf diesen Rechtssatz gründet sich das Urteil. Der RFH. hat mit Recht festgestellt, daß die Buchungen der AktG. mit den handelsrechtlichen Vorschr. in Einklang stehen. Die Gesellschaft hatte allerdings geltend gemacht, daß der angeführte Rechtssatz ausnahmsweise ihr nicht entgegenstehe und hatte sich insoweit auf die Rspr. des 6. Sen. (Einkommensteuersenat) bezogen. Im Gegensatz zum 1. Sen. (Körperschaftsteuersenat) steht der 6. Sen. auf dem Standpunkt, daß ein Einzelkaufmann oder eine OHG. ohne Förmlichkeiten ihre Handelsbilanzen abändern könne, während der 1. Sen. die Änderung einer Handelsbilanz nur zuläßt, wenn die GenVers. bzw. die Gesellschafterversammlung eine solche nachträglich beschließt. Insoweit ist der Unterschied zwischen der Rspr. der beiden Senate wohl begründet. Es ist klar, daß eine AktG. eine einmal genehmigte Bilanz nicht wahl- und planlos zu ihren Zwecken ändern kann, sondern daß hierzu ihre GenVers. gehört werden muß. Andererseits haben es Einzelkaufleute oder OHG. im allgemeinen in der Hand, ihre Bilanzen, wenn sie dies für richtig halten, ohne weiteres wieder abzuändern, vorausgesetzt natürlich, daß auch die abgeänderte Bilanz mit den Grundsätzen der handelsrechtlichen Buchführung übereinstimmt. Der 6. Sen. geht aber noch weiter und läßt unter einer bestimmten Voraussetzung zu, daß eine Steuerbilanz, die von der Handelsbilanz abweicht, der Besteuerung zugrunde gelegt wird, obwohl sie nicht vorher berichtigt ist. In dem Urt. v. 1. Juli 1931, VI A 1714/29: StuW. 1931 Nr. 788 heißt es: „Es kommt aber in Frage und es sprechen gewichtige Gründe für die Bejahung dieser Frage, ob man nicht weiter gehen muß und überall da, wo den Gewerbetreibenden berechtigte wirtschaftliche Gründe veranlassen in der Handelsbilanz höhere einzelne Ansätze auszuweisen eine Ausgleichung bis zur Spanne des Gesamtunterschiedes zuzulassen hat." Gestützt auf dieses Urteil hatte die AktG. folgendes geltend gemacht: Wenn in den Steuerbilanzen für 1928 und 1929 nicht nur insgesamt 100 000 *RM*, sondern insgesamt 434 269 *RM* (212 130 *RM* zuzüglich 222 139 *RM*) zurückgestellt würden, ergäbe sich trotzdem noch ein steuerliches Überschußkapital, d. h. ein Mehrwert der in der Steuerbilanz ausgewiesenen Werte über die in der Handelsbilanz ausgewiesenen Werte. Offenbar waren andere Betriebsgegenstände in der Steuerbilanz höher bewertet worden als in der Handelsbilanz. Einen solchen Ausgleich hält wie gesagt, der 6. Sen. für zulässig. Der 1. Sen. nimmt hiergegen in dem obigen Urteil Stellung. Es mag zunächst dahingestellt bleiben, ob die Auffassung des 1. oder 6. Sen. zutreffend ist. Jedenfalls geht es unmöglich an, ein und dieselbe Frage bei der Körperschaftsteuer anders als bei der Einkommensteuer zu entscheiden. Auch der schüchterne Versuch, die Möglichkeit einer solchen Abweichung zu begründen, kann nicht als gelungen bezeichnet werden. In dem Urteile wird hierüber gesagt: „Die BeschwF. hat in der RBeschw. geltend gemacht, es sei nicht ersichtlich, weshalb auf dem Gebiet der Körperschaftsteuer in dieser Hinsicht etwas anderes zu gelten habe als auf dem Gebiet der Einkommensteuer, zumal es sich hier nicht um eine Aufgabe des Grundsatzes der Abhängigkeit der Steuerbilanz von der Handelsbilanz, sondern lediglich um die Nichtanwendung des Grundsatzes in einem Ausnahmefalle handle. Der RFH. hat schon wiederholt in Bilanzfragen bei körperschaftsteuerpflichtigen Erwerbsgesellschaften einen schärferen Standpunkt vertreten als bei buchführenden Einkommensteuerpflichtigen. Dies wird auch von Becker, auf den sich insbes. die BeschwF. beruft, in StuW. 1931 Sp. 1309 im Hinblick auf die im allgemeinen ständigere und genauere Buchführung der Körperschaften als ge-

aber bereits einen früheren Steuerabschnitt belasten, in der Bilanz für diesen früheren Steuerabschnitt nur als zulässig, nicht aber als geboten ansieht (vgl. z. B. Urt. v. 11. Dez. 1929, VI A 1532/29, RStBl. 1930, 95; StuW. 1930 Nr. 247).

Die BeschwF. behauptet auch selbst nicht, daß in der von ihr gewählten Bilanzierungsart ein Verstoß gegen zwingendes Handels- oder Steuerrecht zu erblicken sei. Sie macht jedoch geltend, daß in zwei Fällen, deren Voraussetzungen im Streitfalle gegeben seien, die Ansätze der Steuerbilanz von denen der Handelsbilanz abweichen dürften.

Einmal sei es, wie auch der RFH. in den Urt. v. 1. Juli 1931, VI A 1714/29 (StuW. 1931 Nr. 788) und v. 19. Aug. 1931, VI A 411/30 (RFH. 29, 249) ausgesprochen habe, zulässig, in Fällen, in denen den StPfl. berechtigte wirtschaftliche Gründe veranlaßt hätten, in der Handelsbilanz höhere einzelne Ansätze auszuweisen, dies aber infolge der Bewertung anderer Bilanzposten im Ergebnis wieder ausgeglichen werde, einen entsprechenden Ausgleich für die dann gebotene Erhöhung der zu niedrigen Ansätze im Rahmen des Gesamtunterschieds auch in der Steuerbilanz durchzuführen. Hiernach sei eine von der Handelsbilanz abweichende Berücksichtigung von Pensionsverpflichtungen in der nach versicherungsmathematischen Grundsätzen errechneten Höhe in der Steuerbilanz so lange und in dem Umfange möglich, als das sich hiernach laut Steuerbilanz ergebende Reinvermögen das in der Handelsbilanz ausgewiesene Reinvermögen übersteige. Bei der BeschwF. sei das steuerliche Überschußkapital am Schlusse der Jahre 1927 und 1928 größer gewesen als die Gesamtbelastung durch Pensionsverpflichtungen. Es sei daher zulässig, in den Steuerbilanzen die tatsächlichen Pensionsverpflichtungen in ihrer vollen Höhe abweichend von dem handelsbilanzmäßigen Ansatze des Pensionsfonds zu berücksichtigen.

Das FinGer. hat bereits zutreffend darauf hingewiesen, daß die angeführten Urteile in Einkommensteuersachen ergangen und die in ihnen enthaltenen Rechtsausführungen demnach nur bei der Veranlagung von Einzelkaufleuten, OHG. und Kommanditgesellschaften anwendbar seien, daß dagegen für körperschaftsteuerpflichtige Erwerbsgesellschaften eine strengere Bindung der Steuerbilanz an die Handelsbilanz bestehe. Die BeschwF. hat in der RBeschw. geltend gemacht, es sei nicht ersichtlich, weshalb auf dem Gebiet der Körperschaftsteuer in dieser Hinsicht etwas anderes zu gelten habe als auf dem Gebiet der Einkommensteuer, zumal es sich hier nicht um eine Aufgabe des Grundsatzes der Abhängigkeit der Steuerbilanz von der Handelsbilanz, sondern lediglich um die Nichtanwendung des Grundsatzes in einem Ausnahmefall handle. Der RFH. hat schon wiederholt in Bilanzfragen bei körperschaftsteuerpflichtigen Erwerbsgesellschaften einen schärferen Standpunkt vertreten als bei buchführenden Einkommensteuerpflichtigen. Dies wird auch von Becker, auf den sich insbes. die BeschwF. beruft, in StuW. 1931 Spalte 1309 im Hinblick auf die im allgemeinen ständigere und genauere Buchführung der Körperschaften als gerechtfertigt erklärt. So hat gerade zu der vorl. Frage der erk. Sen. bereits in dem (nicht veröffentlichten) Urt. v. 12. Dez. 1933, I A 52, 53/32, ausgesprochen, daß mit Rücksicht auf die Bindung der Steuerbilanz an die Handelsbilanz für das Gebiet des Körperschaftsteuerrechts auch nicht ein Ausgleich der Abschreibungen innerhalb verschiedener Bestandskosten zugelassen werden kann. Was hier im besonderen für die Abschreibungen gesagt ist, muß auch allgemein für den Ansatz der einzelnen Bilanzposten gelten. Es kann daher auch ein Passivposten in die Steuerbilanz nicht etwa deshalb mit einem seinen handelsbilanzmäßigen Ansatz übersteigenden Betrage eingestellt werden, weil in der Steuerbilanz ein oder mehrere Aktivposten erscheinen, die in der Handelsbilanz überhaupt fehlen oder hier mit niedrigeren Beträgen ausgewiesen sind.

Als zweite Art von Fällen, in denen eine Abweichung der Steuerbilanz von der Handelsbilanz statthaft sei, führt die BeschwF. solche an, in denen Billigkeitserwägungen eine solche Abweichung erforderlich machten. Sie beruft sich hierfür auf das Urteil v. 20. Nov. 1930, I A 150/30 (RStBl. 1930, 815; StuW. 1931 Nr. 54).

In dem dem Urteil I A 150/30 zugrunde liegenden Beschwerdefall hat es sich um die Frage gehandelt, ob nach der Zusammenlegung des Aktienkapitals der steuerpflichtigen Gesellschaft noch eine steuerfrei abzudeckende Unterbilanz vorhanden sei. In der Handelsbilanz war durch die Kapitalzusammenlegung die Unterbilanz beseitigt worden. In der nachträglich aufgestellten Steuerbilanz war aber neben der Unterbilanz auch ein steuerliches Kapitalentwertungskonto anzusetzen gewesen; zur Beseitigung beider Posten reichte der durch die Kapitalzusammenlegung entstandene Buchgewinn nicht aus. Zu diesem Tatbestand hat der RFH. ausgeführt: Da in der Handelsbilanz kein Kapitalentwertungskonto vorhanden gewesen sei, habe ein solches auch durch den Zusammenlegungsgewinn nicht abgedeckt werden können. Wenn die GenVers. ihre Steuerbilanzen bereits gekannt und gewußt hätte, daß die Steuerbilanz für den 1. Jan. 1926 ein Kapitalentwertungskonto und daneben eine Unterbilanz enthalten würde, und wenn sie sich mit der Wirkung ihres Zusammenlegungsbeschlusses zunächst für die Steuerbilanz beschäftigt hätte, dann würde sie vermutlich aus Steuerersparnisgründen beschlossen haben, mit dem Zusammenlegungsgewinn zunächst das Kapitalentwertungskonto abzudecken. Wenn sie sich darauf der Handelsbilanz zugewendet hätte, dann würde sie gesehen haben, daß für die Handelsbilanz ein anderer Beschluß zu fassen sei, weil es in der Handelsbilanz kein Kapitalentwertungskonto gegeben habe. Aus dem Umstand, daß die Gesellschaft für ihre Handelsbilanz und für ihre Steuerbilanz nicht die gleichen Beschlüsse fassen könne, dürfe nicht etwa gefolgert werden, daß nun die Gesellschaft ihren Beschluß für die Steuerbilanz nicht aufrechterhalten dürfe. Das würde der Billigkeit nicht entsprechen.

Im vorl. Falle ist jedoch die Sachlage wesentlich anders. Zunächst handelt es sich hier nicht darum, ob in den Steuerbilanzen für 1928 und 1929 der Pensionsfonds abweichend von den entsprechenden Handelsbilanzen in Höhe des jeweiligen nach versicherungsmathematischen Grundsätzen berechneten Werts der Pensionsverpflichtungen angesetzt werden darf. Denn die in früheren Jahren unterlassenen Rückstellungen für Pensionslasten, die bereits damals bestanden haben, können in den hier in Streit befangenen Steuerabschnitten nicht nachgeholt werden (vgl. Urt. v. 5. Febr. 1929, I A a 880/28, RStBl. 1929, 332). Im Frage steht vielmehr nur, ob etwa an Stelle der von der Gesellschaft dem Pensionsfonds in der Handelsbilanz für 1928 und 1929 aus dem Bilanzgewinn zugewiesenen Beträge wesentlich höhere, den

---

rechtfertigt erklärt. „Ich kann mich von der Richtigkeit dieser Beweisführung nicht überzeugen. Was für Einkommensteuerpflichtige rechtens ist, muß für Körperschaftsteuerpflichtige billig sein. Es mag schon sein, daß bei großen Aktiengesellschaften eine „ständigere und genauere Buchführung" besteht als beispielsweise bei einem buchführenden Fleischer oder Bäcker. Deshalb ist es aber doch nicht berechtigt, an die Buchführung von AktG. einen anderen Maßstab anzulegen als an die Buchführung von Einzelkaufleuten. Im übrigen gibt es auch AktG., die eine recht unordentliche Buchführung besitzen, während andererseits viele kleinere Gewerbetreibende ihre Bücher in einer unbedingt einwandfreien Weise abschließen.

Ich halte also, wie gesagt, diese unterscheidende Rspr. der beiden Senate nicht für zulässig. Der Gewinn bei AktG. und bei buchführenden Einzelkaufleuten muß unbedingt nach gleichen Grundsätzen ermittelt werden. Dies gilt nicht nur für den vorl. Rechtsstreit, sondern auch für viele andere Fragen, in denen die Rspr. der beiden Senate sich kreuzt. Es geht nicht an, daß eine Rechtsfrage abweichend entschieden wird je nachdem, ob der 1. oder der 6. Sen. zuständig ist. Es muß ein Weg gefunden werden, um die Einheitlichkeit der Rspr. zu wahren; denn der RFH. ist doch gerade errichtet worden, um eine einheitliche Rspr. im ganzen Deutschen Reiche herbeizuführen. Es müssen Mittel gefunden werden, um dieses Problem, welches sich immer mehr unliebsam auswächst, zu meistern, nötigenfalls muß hier die Gesetzgebung eingreifen.

Ich wende mich nunmehr der Frage zu, ob im vorl. Falle der Rspr. des 1. oder derjenigen des 6. Sen. der Vorzug zu geben ist. Hier muß ich sagen, daß mir die Auffassung des 6. Sen. richtiger erscheint. Es ist nicht einzusehen, warum nicht die einzelnen Bilanzansätze gewissermaßen gegeneinander aufgerechnet werden können. Von seiner abweichenden Auffassung ausgehend, wonach es auf jeden einzelnen Ansatz ankommt, hat der 1. Sen. in dem auch in der obigen Entsch. erwähnten Urt. v. 12. Dez. 1933, I A 52, 53/32 ausgesprochen, „daß mit Rücksicht auf die Bindung der Steuerbilanz an die Handelsbilanz für das Gebiet des Körperschaftsteuerrechts auch nicht ein Ausgleich der Abschreibungen innerhalb verschiedener Bestandskonten zugelassen werden kann". Dieses Urteil habe ich in den mir zugängigen Entscheidungssammlungen nicht abgedruckt gefunden. Offenbar handelt es sich aber um einen praktisch oft vorkommenden Tatbestand. Manche Firmen haben nämlich in ihrer Handelsbilanz auf bestimmte Werte reichliche Abschreibungen vorgenommen, während sie wiederum bei anderen Werten mit den Abschreibungen sehr gespart haben. Der 1. Sen. hält nun bei der steuerlichen Gewinnermittlung die Gesellschaft an ihrer Handelsbilanz fest und läßt nicht zu, daß auch nur ein einziger Ansatz der Handelsbilanz geändert wird, obwohl trotz der Änderung immer noch das Gesamtvermögen in der Steuerbilanz so hoch angesetzt bleibt als in der Handelsbilanz. Es mag sein, daß das starre Festhalten an der Handelsbilanz und auch an deren einzelnen Ansätzen für die steuerliche Beurteilung sehr einfache Richtlinien schafft. Trotzdem ist die Inkompensabilität eine große Härte. Ich persönlich möchte hier die Rspr. des 6. Sen. vorziehen.

RA. Dr. Erler, Dresden.

Jahresprämien einer Pensionsversicherung entsprechende Beträge (vgl. RFH. 24, 310) steuerfrei zurückgestellt werden dürfen. Es wäre der BeschwF. möglich gewesen, die höheren Rückstellungen auch in der Handelsbilanz durchzuführen. Denn die Handelsbilanzgewinne für 1928 und 1929 sind wesentlich höher gewesen als die jetzt für die Steuerveranlagungen geltend gemachten Rückstellungen.

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 3. Juli 1934, I A 247, 248/33.)

*

6. § 1 Nr. 1 UmsStG. Die in Preußen öffentlich vereidigten Landmesser sind, soweit sie nicht ausdrücklich in ein Beamten- oder Angestelltenverhältnis übernommen worden sind, als selbständige Gewerbetreibende anzusehen und unterliegen grundsätzlich der Umsatzsteuer. Aus den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Vorschriften über die Rechtsstellung und Tätigkeit der vereidigten Landmesser läßt sich ein die umsatzsteuerrechtliche Selbständigkeit ausschließendes Abhängigkeitsverhältnis zum Staat nicht herleiten.

(RFH., 5. Sen., Bescheid v. 22. Juni 1934, V A 444/32.)

*

7. § 1 Nr. 1 UmsStG. Ein Entgelt, das jemand dafür empfängt, daß er einem andern den Gebrauch seines Namens zur Bildung einer Geschäftsfirma gestattet, ist umsatzsteuerpflichtig.

(RFH., 5. Sen., Bescheid v. 15. Juni 1934, V A 206/33.)

*

× **8.** §§ 2 Nr. 12, 13 Abs. 3 UmsStG. 1932 (§ 2 Nr. 8 UmsStG. 1926; § 12 Abs. 2 UmsStG. 1926; Fass. v. 15. April 1930 [RGBl. I, 136]). Soweit grundsätzlich umsatzsteuerpflichtige Entgelte nur deshalb von der Besteuerung ausgenommen sind, weil das steuerpflichtige Unternehmen sich als Versicherung i. S. des VersStG. darstellt, gehören sie bei Berechnung der Grenze für die erhöhte Umsatzsteuer zum Gesamtumsatz.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 29. Juni 1934, V A 377/33 S.)

*

× **9.** § 4 Abs. 1 UmsStG. Ein inländisches Unternehmen hat die Herstellung einer Anlage zur Einführung künstlicher Kälte in einem Kalibergwerk des Auslands übernommen und sich verpflichtet, dabei verwendete, im Inland erworbene Gefrierrohre nach Abschluß der Arbeiten der auftraggebenden Bergwerksgesellschaft auf Verlangen gegen besonderes Entgelt zu überlassen. Hiernach liegt eine Lieferung im Inland erworbener Gegenstände ins Ausland auf Grund eines aufschiebend bedingten Kaufvertrags vor. Im Falle der Überlassung der Rohre ist der Anspruch auf Ausfuhrhändlervergütung begründet.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 1. Juni 1934, V A 622/33 S.)

*

10. § 8 Abs. 5 UmsStG. Die Steuerbefreiung für die Beförderungsauslagen setzt voraus, daß die Ware auf Kosten des Leistungsempfängers (des Käufers) reist.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 22. Juni 1934, V A 264/33.)

Reichspatentamt

Berichtet von den Oberregierungsräten Dr. Giese und Bindewald, Berlin

[** Wird in der amtlichen Zeitschrift „Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen" abgedruckt.]

** **1.** §§ 1 und 4 Ziff. 1 WbzG. Zur Frage der Schutzfähigkeit schlagwortartiger Wendungen, die die besondere Eigenart einer Ware anpreisen. „In 10 Minuten mit ..." für Geliermittel nicht schutzfähig. Mißlungener Durchsetzungsnachweis.

Dem angefochtenen Beschluß der Prüfungsstelle war auch bei aller Würdigung des schriftlichen und mündlichen Beschwerdevorbringens lediglich beizutreten. Das angemeldete Zeichen besteht aus den Worten „In 10 Minuten mit ...". Es ist zunächst zu prüfen, ob diesen Worten ein Schutz i. S. der §§ 1 und 4 WbzG. überhaupt zukommen kann. Die Prüfungsstelle hat zu dieser Frage im Beschluß v. 21. Dez. 1933 wie folgt Stellung genommen:

„Bei der Herstellung von Marmeladen, Gelees und Fruchtkonfitüren spielt der Gehalt der zu verarbeitenden Früchte an Pektin eine erhebliche Rolle, da die Gelierung des Erzeugnisses in erster Linie durch die Pektine hervorgerufen wird. Der Pektingehalt schwankt nach Art und Reifezustand der Früchte in weiten Grenzen und reicht in vielen Fällen nicht aus, um aus dem Fruchtmus oder dem Saft durch kurzes Erhitzen mit Zucker eine genügend steife Gallerte entstehen zu lassen. In solchen Fällen half man sich früher dadurch, daß man das Gemisch einem längeren Kochvorgang unterwarf, wobei durch teilweises Verdampfen des Wassers eine Konzentration der Pektine erreicht wurde, die so weit getrieben werden mußte, bis eine Gelierung eintrat. Der Nachteil dieses Verfahrens lag einmal darin, daß ein erhöhter Aufwand an Heizung erforderlich war, andererseits aber die Ausbeute an Fertigprodukt durch das Einkochen heruntergedrückt wurde. Die hierdurch bedingte Verteuerung der Marmelade brachte zwar meist den Erfolg einer gut gelierten Ware, führte aber im übrigen zu einer Verschlechterung namentlich in geschmacklicher Beziehung, da bei dem anhaltenden Kochen die empfindlichen Aromastoffe der Früchte teilweise zerstört oder von den entweichenden Wasserdämpfen mitgerissen wurden.

Diese Nachteile ließen sich vermeiden, wenn man den Pektingehalt des Muses durch Zugabe zusätzlicher Pektine erhöhte. Der Kochvorgang konnte in diesem Falle auf ein Mindestmaß herabgesetzt werden, dessen Dauer nur im wesentlichen bestimmt wurde durch die Zeit, welche zum Weichwerden der Früchte, zur Lösung des Zuckers und zur Tötung von Keimen benötigt wurde. Ein Einkochen war bei diesen Arbeitsverfahren nicht mehr erforderlich. Damit stieg die Ausbeute, und die Geschmacksstoffe wurden geschont.

Aus dem Dargelegten erhellt ohne weiteres, daß der Hauptvorteil des Zusatzes von Pektinen bei der Marmeladenherstellung in der verringerten Kochzeit liegt. Es ist daher verständlich, daß in der Werbung für Gelierungsmittel auf diesen Vorteil in eindringlicher Form immer wieder hingewiesen wird. So hebt die Anmelderin des vorliegenden Zeichens in ihren Werbedrucksachen, Rezeptbüchern und Anzeigen hervor, daß es gelingt ‚In 10 Minuten mit Opekta' Marmelade und Gelees zu bereiten. Meistens treten diese Worte in Begleitung bildlicher Bestandteile auf, insbesondere in Anlehnung an die unter Nr. 446 154 geschützte Form des Zeichens i. Verb. m. einem dampfenden Kochtopf.

Für die Beurteilung der Schutzfähigkeit der angemeldeten Worte ‚In 10 Minuten mit ...' ist zunächst festzustellen, daß diese Worte nicht als selbständiges Gebilde wirken, da zur Vervollständigung des Satzes gerade die wesentliche Aufgabe fehlt. Weiterhin besagt der angemeldete Teilsatz aber nur, daß die Marmeladen usw. bei Anwendung eines bestimmten Präparates nur 10 Minuten Kochdauer beanspruchen. Wie oben ausgeführt, ist diese Verringerung der Kochzeit aber ein wesentlicher Vorteil des Pektinzusatzes im allgemeinen. Den beteiligten Verkehrskreisen kann daher nicht die Möglichkeit genommen werden, auf diesen Vorteil in der sprachüblichen Weise hinzuweisen."

Demgegenüber sind in dem Beschwerdevorbringen keine Ausführungen gemacht, die diese Begründungen widerlegen können. Es ist ihnen daher vom erk. Sen. beizutreten, denn es geht nicht an, einem einzelnen ein Recht an einer üblichen Anpreisungsform zuzugestehen. Der allgemeine Verkehr muß in der Lage sein, die Eigenart einer Ware, die diese vor anderen besonders auszeichnet, auch schlagwortartig jederzeit in der Reklame in verkehrsüblicher Weise anzupreisen. Lediglich ein solcher Gebrauch liegt auch bei den von der Anmelderin beigebrachten Unterlagen an Reklame- und Anzeigenmaterial vor. So ist z. B. in einem der eingereichten Reklamezettel als Hinweis auf die besondere Eignung der Ware folgender Satz angebracht: „Kochdauer vom kalten Aufsetzen aufs Feuer an gerechnet bis zum Einfüllen in die Gläser nur noch etwa 10 Minuten." Dabei sind die Worte „Kochdauer 10 Minuten" durch Fettdruck hervorgehoben. Eine solche auch schlagwortartige Verwendung muß jedem, der diese Eigenschaft hervorheben will, unbenommen sein. Die absolute Schutzfähigkeit muß daher verneint werden.

Durch eine große Menge beigebrachten Materials versucht nun die Anmelderin, die Durchsetzung der angemeldeten Worte „In 10 Minuten mit ..." als Individualmarke nachzuweisen. Da jedoch in den beigebrachten Unterlagen keine einzige vorhanden ist, die neben den Worten „In 10 Minuten mit ..." nicht noch das Wort „Opekta" oder aber die Darstellung des Bildzeichens 446 154 enthält, sind diese Unterlagen in keiner Weise als Beweismaterial für die Durchsetzung der der vorliegenden Anmeldung zugrunde liegenden Worte zu werten.

Weiterhin weist die Anmelderin auf den Ausgang eines Preisausschreibens der Münchner Illustrierten Presse v. 30. Nov. 1933 hin. Dort wurden verschiedene im Verkehr befindliche Zeichen abgebildet, und der Leser sollte raten, welche Firmen diese Zeichen benutzen. Hier war unter Nr. 19 ein Zeichen angegeben, das aus dem Satze „Bereite Deine Marmelade und Gelees in 10 Minuten mit ..." bestand. Die Anmelderin glaubt aus der Tatsache, daß von den 8000 Teilnehmern am Preisausschreiben 7864 richtig auf die Opekta GmbH. kamen, schließen zu können, daß einmal das Zeichen vom Verkehr als ein solches angesehen werde, zum anderen, daß es als Individualmarke für sie verkehrsanerkannt sei. Dem kann nicht beigetreten werden. Das Zeichen des Preisausschreibens ist nicht identisch mit dem Anmeldungszeichen. Es zeigt eine ganz besondere

Anordnung, so daß der Ausgang des Preisausschreibens bei dem Bekanntsein und dem Umsatz der Anmelderin und der geringen Anzahl der Geliermittel herstellenden Firmen nicht verwunderlich ist.

Auch dieses Durchsetzungsmaterial kann somit nicht als beweiskräftig angesehen werden.

(RPatA., BeschwAbt., 12. Sen., Entsch. v. 31. Mai 1934, O 14025/2Wz.) [Bd.]

*

** **2.** §§ 5, 6 WbzG. Welche Bedeutung hat es für die Frage der Warengleichartigkeit, wenn dem Widerspruchszeichen s. Z. wegen Widerspruchs des jetzigen Anmelders auf Grund eines älteren Zeichens die Eintragung für bestimmte Waren ausdrücklich versagt worden ist?

Die Ähnlichkeit des angemeldeten Zeichens Dallix mit dem Widerspruchszeichen Dalli (67 451) ist unbestritten.

Bei der Beurteilung der Warengleichartigkeit ist im vorl. Falle die Vorgeschichte nicht unberücksichtigt zu lassen. Die BeschwF. (Anmelderin) weist mit Recht darauf hin, daß für die älteren Zeichen Dalli (37 355) u. a. für „Seifen, Parfümerien" und 40 758 (mit der Kennzeichnung Dalli-Seife) u. a. für „Seife, Parfümerien" eingetragen sind. Auf Grund dieser Zeichen erhob die Anmelderin in dem Anmeldeverfahren des Widerspruchszeichens Dalli (67 451) u. a. auch gegen die im Warenverzeichnis aufgeführten „chemisch pharmazeutischen Produkte" Widerspruch, doch wurde in dem Beschluß der Anmeldeabteilung I für Warenzeichen v. 20. März 1903 wegen dieser Gegenzeichen die Eintragung nur für „natürliche und künstliche Riechstoffe, rein, gelöst oder mit anderen Stoffen vermischt, Putz- und Polituremittel" versagt.

Schon früher hat die Beschwerdeabteilung in Anlehnung an die Entsch. des RG. v. 4. Juli 1913 (MuW. 1913/14, 21) wiederholt entschieden, daß die verbliebenen Waren eines Zeichens nicht so ausgelegt werden können, als ob sie die versagten mitumfaßten. Der Grundsatz, daß der Inhaberin eines Zeichens, trotzdem ihr bei der Eintragung bestimmte Waren aus ihrem Warenverzeichnis mit Rücksicht auf erhobene Widersprüche ausgeschlossen sind oder sie solche Waren ausdrücklich ausgeschlossen hat, das Recht verbleibt, der Eintragung neuer Zeichen für die ausgeschlossenen Waren zu widersprechen, wenn diese mit den verbliebenen Waren gleichartig sind, erleidet eine Ausnahme, wenn sich, wie hier, das frühere Verfahren unter den gleichen Parteien abgespielt hat. In solchen Fällen muß davon ausgegangen werden, daß der Interessenkreis bzgl. der Waren der beiderseitigen Zeichen durch das frühere Verfahren gegeneinander abgegrenzt ist, und zwar mit der Wirkung, daß derjenige, dem früher die Eintragung von Waren mit Rücksicht auf das ältere Zeichen des Gegners versagt worden ist oder der wegen dieses Gegenzeichens auf Waren verzichtet hat, nun nicht wegen verbleibender gleichartiger Waren der Anmeldung des anderen für die ausgeschlossenen Waren widersprechen kann.

Die Widersprechende besitzt hier im Verhältnis zur Anmelderin nur eine Art Zwischenzeichen, sie ist sog. Zwischeninhaberin. Der zwischen den beiden beteiligten Firmen bereits festgestellte Schutzumfang der eingetragenen Waren muß daher im vorl. Falle eine gewisse Beschränkung der Warengleichartigkeit zur Folge haben. Die für die Widersprechende eingetragenen „chemisch-pharmazeutischen Präparate" sind insofern unter Berücksichtigung des früher ergangenen Beschlusses und der übrigen verbliebenen Waren des Widerspruchszeichens eng auszulegen. Die bereits für die Anmelderin in dem Zeichen 37 355 eingetragen gewesene Ware „Seifen" ist daher gemäß den früheren Feststellungen auch hier als ungleichartig anzusehen. Sinngemäß muß der Schutzumfang dahin ausgelegt werden, daß auch die „kosmetischen Mittel", bei denen keine feste Grenze zu den Seifen besteht, ebenfalls als ungleichartig anzusehen sind. Da aber das Widerspruchszeichen u. a. auch für „Essenzen zu Limonaden, Spirituosen und Erfrischungsgetränken" eingetragen ist, so muß die Eintragung für „ätherische Öle", hinsichtlich deren keine Vorentscheidung getroffen ist, wegen der vorl. Gleichartigkeit versagt bleiben.

(RPatA., BeschwAbt., 12. Sen., Entsch. v. 8. Sept. 1934, M 54582/34 Wz.) [Bd.]

Reichsversicherungsamt

Berichtet von Senatspräsident Dr. Zielke und Landgerichtsdirektor Kersting, Berlin

[** Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVersA.) abgedruckt]

[O Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen", herausgegeben von Mitgliedern des RVersA. (EuM.), abgedruckt.]

1. 4. NotVO. v. 8. Dez. 1931. Gegen eine nach Teil 5 Kap. II Abschn. 1 § 11 Abs. 2 der 4. NotVO. v. 8. Dez. 1931 ergangene Mitteilung über den Wegfall einer Unfallrente ist kein Rechtsmittel gegeben, auch wenn dieser Wegfall erst von einem nach dem 31. Dez. 1931 liegenden Zeitpunkt erfolgte.

Der Kl. bezog für die Folgen seines Unfalls von 1896 von der Bekl. zuletzt eine Dauerrente von 15%. Von einer anderen Berufsgenossenschaft bezog er für die Folgen eines zweiten Unfalls von 1928 eine Dauerrente von 30%. Wegen Beseitigung der Unfallfolgen wurde diese Rente v. 1. Juli 1932 entzogen. Nunmehr hat die Bekl. dem Kl. mitgeteilt, daß v. 1. Juli 1932 auch die Dauerrente von 15% auf Grund der 4. NotVO. in Wegfall komme. Gegen diese Mitteilung ist kein Rechtsmittel gegeben.

(RVersA., Entsch. v. 4. April 1934, Ia 4749/33; EuM. 35, 418.) [3.]

*

2. § 547 RVO. Ein Betrieb des Bergbaus im Sinne der Nr. 16 der Anlage zur 2. BerufskrankhVO. vom 11. Febr. 1929 liegt nicht vor, wenn der Betrieb oberirdisch betrieben wird und nicht der Gewinnung der Bodenbestandteile, sondern deren Weiterverarbeitung dient. Die Kokerei eines Kohlenbergwerks ist daher kein „Betrieb des Bergbaus".

(RVersA., Entsch. v. 30. April 1934, Ia 6628/32; EuM. 36, 5.) [3.]

*

3. §§ 922, 539b, 544 RVO. Unfall eines Landwirts auf dem Wege zur Wahrnehmung eines Termins vor dem ArbG., wobei es sich um einen Rechtsstreit über Entlassung eines landwirtschaftlichen Angestellten handelte, als landwirtschaftlicher Betriebsunfall anerkannt. Gegenstand des Rechtsstreits vor dem ArbG. war das Beschäftigungsverhältnis eines von dem Landwirt entlassenen Angestellten. Die mit der Einstellung, Beschäftigung und Entlassung von Arbeitern und Angestellten eines Betriebes zusammenhängenden Arbeiten eines Betriebsunternehmers gehören begrifflich i. S. § 539b RVO. zum verwaltenden Teile des Betriebes. Da auch die sonstigen Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sind, unterlag die Fahrt des Unternehmers zum Termin dem Schutze der Unfallversicherung.

(RVersA., Entsch. v. 22. März 1934, Ia 7877/32; EuM. 36, 37.) [3.]

*

4. § 1700 Nr. 3 RVO. Streit über den Anspruch selbst besteht nicht, wenn der Versicherungsträger für einen Teil des Anspruchs die Einrede der Verjährung nach § 29 Abs. 3 RVO. geltend macht. § 1700 Nr. 3 RVO. ist daher in einem solchen Falle anwendbar.

Der Kl. hat im Jahre 1914 bei der Bekl. Entschädigungsansprüche wegen eines Unfalls vom August 1913 erhoben. Das Feststellungsverfahren war aber wegen des Kriegsausbruchs nicht zum Abschluß gelangt. Am 4. März 1932 stellte er erneut Ansprüche, und die Bekl. gewährte ihm mit Wirkung von diesem Tage eine Dauerrente. Auf Berufung gewährte das OVersA. die Rente v. 1. Juli 1925. Hiergegen richtet sich der Rekurs der Bekl. mit dem Antrage, den Beginn auf den 4. März 1928 festzusetzen, da für die vorhergehende Zeit der Anspruch nach § 29 Abs. 3 RVO. verjährt sei. Der Rekurs ist als unzulässig verworfen worden, da nicht der Anspruch an sich, sondern lediglich der Beginn der Rente streitig ist, es sich daher um Rententeile, die bei dauernder Erwerbsunfähigkeit für begrenzte und bereits abgelaufene Zeiträume zu gewähren sind, handelt.

(RVersA., Entsch. v. 14. März 1934, Ia 4782/33; EuM. 35, 416.) [3.]

II. Länder

Oberverwaltungsgerichte

Preußen

Preußisches Oberverwaltungsgericht

1. §§ 1 Abs. 1 u. 2, 2 Ges. über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen u. Bausparkassen v. 6. Juni 1931 (RGBl. I, 315.) Zur Frage der Befreiung einer Begräbnishilfskasse von der Versicherungsaufsicht. Für die nach § 2 VersAufsG. v. 6. Juni 1931 zu treffenden Entscheidungen ist in Preußen der RegPräs. zuständig. Der wenn auch ernstlich gemeinte Ausschluß des Rechtsanspruchs ist zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 VersAufsG. nicht ausreichend, wenn er in der formalen Genügeleistung des Gesetzeswortlauts sich erschöpft, im übrigen aber dem Gesamtinhalt der Satzungen und dem Gesamtcharakter der Unternehmung widerspricht.

Ein RegPräs. eröffnete einer in seinem Bezirke bestehenden

Begräbnishilfskasse, daß sie eine seiner Aufsicht unterliegende Versicherungsunternehmung i. S. des § 1 Abs. 1 Ges. über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen v. 6. Juni 1931 sei. Die Begräbniskasse focht diese Entsch. durch Klage bei dem BezAussch. mit der Begr. an, sie unterliege nach § 1 Abs. 2 a. a. O. der staatlichen Aufsicht nicht, weil ihre Mitglieder keinen Rechtsanspruch auf die Gewährung der Unterstützungen hätten. Die Klage wurde abgewiesen, auch die Rev. der Kasse bei dem OVG. blieb ohne Erfolg.

Nach § 2 VersAufsG. hat darüber, ob eine Unternehmung der Aufsicht unterliegt, die Aufsichtsbehörde zu entscheiden. Die Beaufsichtigung von Versicherungsunternehmungen, deren Geschäftsbetrieb durch die Satzung oder andere Geschäftsunterlagen auf ein Land beschränkt ist, ist auf Grund § 3 genannten Ges. in die Hand von Landesbehörden gelegt, im übrigen dem RAufsA. PrivVers. übertragen. Der Geschäftsbetrieb der Kl. greift nicht über Preußen hinaus. Die Entsch. gem. § 2 VersAufsG. war also von der preuß. Aufsichtsbehörde zu treffen. Als diese ist durch die AusfVO. v. 30. Juni 1901 (GS. 141) der RegPräs. bestimmt, in dessen Bezirk das Versicherungsunternehmen seinen Sitz hat. Die AusfVO. v. 30. Juni 1901 ist erlassen worden zu dem RGes. über die privaten Versicherungsunternehmungen v. 12. Mai 1901 (RGBl. 139 ff.), in dem eine Best. wie die des § 2 der Neufassung von 1931 nicht vorhanden war. Daher konnte zweifelhaft sein, ob der RegPräs. in Preußen auch zuständig ist für die nach der neuen Vorschr. des § 2 VersAufsG. zu treffende Entsch.

Die Frage ist zu bejahen. Zunächst ergibt sich unbedenklich aus den §§ 2, 93 und 104 VersAufsG. in der neuen Fassung, daß eine gem. § 2 zu erlassende Entsch. zu dem Aufgabenkreis der Aufsichtsbehörde, und zwar auch der aufsichtsführenden Landesbehörde gehört. Das ist gesetzlich festgelegt. Demgegenüber kann auf sich beruhen, ob eine Entsch. nach § 2 VersAufsG. ihrem Wesen nach außerhalb der regelmäßigen, ja überhaupt jeder Aufsichtstätigkeit liegt.

Des weiteren fehlt es allerdings an einer ausdrücklichen Übertragung der durch das jetzt in Geltung befindliche VersAufsG. dem Tätigkeitsbereich der Aufsichtsbehörde neu hinzugefügten, insonderheit der im § 2 der Aufsichtsbehörde anvertrauten Geschäfte auf den RegPräs. durch den preuß. Landesgesetzgeber. Da aber nach der fortgeltenden PrAusfVO. v. 30. Juni 1901 in dem Rahmen der damaligen reichsgesetzlichen Best. der RegPräs. mit der Beaufsichtigung in vollem Umfange betraut und allgemein zur Aufsichtsbehörde erklärt worden ist, soweit überhaupt für die landesbehördliche Aufsicht reichsgesetzlich Raum gelassen war, so folgt daraus, daß dem RegPräs. alle Befugnisse zustanden, die nach der gerade gültigen reichsgesetzlichen Regelung der Aufsichtsbehörde zustehen. Die Zuständigkeit des RegPräs. für die Entsch. gem. § 2 VersAufsG. ist demnach begründet. Die gegenteilige Auffassung müßte überdies dazu führen, daß in Preußen eine Behörde, welche die nach § 2 notwendigen Entsch. vorzunehmen hat, nicht vorhanden wäre.

Die gegen die Entsch. des RegPräs. eingeräumte Klage im Verwaltungsstreitverfahren (§ 104 VersAufsG.) ist nicht mehr, wie in der PrAusfVO. v. 30. Juni 1901 vorgesehen war, beim OVG., sondern zufolge § 26 VO. zur Vereinfachung und Verbilligung der Verwaltung v. 3. Sept. 1932 i. d. Fass. der VO. v. 17. März 1933 (s. Ergänzungsheft zu Brauchitsch, Verwaltungsg., Bd. 1, in der Bearbeitung von Froelich, Anm. 2 zu § 26) bei dem zuständigen BezVerwGer. anzubringen. Gegen dessen Urteile und Bescheide ist lediglich das Rechtsmittel der Rev. an das OVG. gegeben (§ 27 a. a. O.). Für eine Entsch. des RAufsA., das Kl. mit der Rev. angerufen hat, ist daneben kein Raum.

In betreff der Aufsichtspflichtigkeit der Kl. hat der RegPräs. i. J. 1929 bereits in einem seiner jetzigen Vfg. gegenteiligen Sinne Stellung genommen. Dadurch war er nicht gehindert, die hier streitige Vfg. zu erlassen. Denn nach § 2 Satz 2 VersAufsG. ist die Aufsichtsbehörde an eine vor dem 1. April 1931 ergangene Entsch. eines Gerichts oder einer Verwaltungsbehörde nicht gebunden.

Sachlich geht der Streit darum, ob die Befreiungsvorschrift des § 1 Abs. 2 auf die klagende Kasse anzuwenden ist oder nicht. Die besagte Gesetzesstelle lautet: „Nicht als Versicherungsunternehmungen anzusehen sind Personenvereinigungen, die ihren Mitgliedern, ohne daß diese einen Rechtsanspruch haben, Unterstützungen gewähren, besonders die Unterstützungseinrichtungen und Unterstützungsvereine der Berufsverbände." Es mußte sich also, damit die Aufsichtspflichtigkeit der Kl. verneint werden könnte, bei ihr um eine Unterstützungseinrichtung ohne Rechtsanspruch der Mitglieder auf die ihnen in Aussicht gestellten Leistungen der Kasse handeln. Laut § 3 der Satzungen der Kl. ist nun ein Klagerecht auf die Unterstützung ausdrücklich ausgeschlossen. Irgendwelche Anhaltspunkte dafür, daß der Rechtsanspruch nur zum Schein ausgeschlossen worden, daß der Ausschluß nicht ernstlich gemeint und darum nicht rechtsverbindlich ist, sind ebensowenig vorhanden wie dafür, daß die Mitglieder der klagenden Kasse darüber nicht aufgeklärt sind und die Neueintretenden im unklaren darüber gelassen werden, daß ihnen ein Rechtsanspruch auf die Kassenleistungen unter allen Umständen versagt ist. Auch der Vorderrichter hat das nicht feststellen können. Desgleichen ergibt sich auch aus den sonstigen Satzungsbestimmungen nichts, was an der Ernstlichkeit des Ausschlusses Zweifel erwecken könnte. Es ist auch richtig, daß die Aufgabe des Rechtsanspruchs die in der von der Kl. ohne Hehl zugegebenen Absicht, sich der Staatsaufsicht zu entziehen, beschlossen wurde, nicht lediglich des damit verbundenen Zweckes wegen gesetzwidrig ist. Denn einen gesetzlichen Erfolg mit den gesetzlich dazu gebotenen Mitteln zu erstreben, kann nicht unzulässig sein (vgl. Koenige-Petersen, VersAufsG., 3. Aufl., 1927, Anm. 9 zu § 1 a. E.; OVG. 54, 411; 63, 411). Jedoch ist es zur Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen nicht ausreichend, nur dem formalen Wortlaut des Gesetzes zu genügen, um ihm auf diese Weise entgegen den materiellen Absichten des Gesetzes Geltung zu verschaffen (vgl. Entsch. v. 22. Febr. 1923: OVG. 78, 370). Das bedeutet Mißbrauch des Gesetzes und darum ist nach der bestehenden Rechtsauffassung (vgl. VAufsAPrVers. 1903, 105; 1904, 23 u. 87; 1905, 70; 1926, 179; 1928, 164; 1929, 158; Begr. zur Nov. v. 1931; Verh. des RT., V. Wahlp. 1930 S. 10) der rein formelle Ausschluß des Rechtsanspruches in den Satzungen nicht geeignet, einen Verein zu einem aufsichtsfreien Unterstützungsverein zu machen, wenn im übrigen der Gesamtinhalt der Satzung oder der Gesamtcharakter der Unternehmung für einen aufsichtspflichtigen Versicherungsbetrieb spricht. So sind aber die Verhältnisse hier geartet. Wenn auch der Rechtsanspruch ausgeschlossen ist, so wird es in der Tat doch so gehandhabt, als ob die Mitglieder einen Rechtsanspruch hätten, werden sie gleich behandelt den Mitgliedern solcher Kassen, die einen Rechtsanspruch gewähren. Kl. hat erklärt, daß ihre Mitglieder in dem sicheren Glauben lebten, daß die ihnen statutarisch zustehenden Unterstützungssätze unter allen Umständen im Bedarfsfalle ausgezahlt würden. Die Mitglieder sind daher überzeugt, daß ihnen etwas zusteht, und daß sie erhalten, was ihnen zusteht. Sie erwarten von ihrer Leistung mit Bestimmtheit eine Gegenleistung. Der Beitritt und die Beitragszahlung hat in der Hauptsache nicht den Sinn, anderen zu helfen, sondern den eigenen Hinterbliebenen im Todesfalle einen Rückhalt zu sichern. Der Ausschluß des Rechtsanspruches ist daher nicht vereinbar mit dem wirklichen Inhalt und Ziel der von Kl. in sich gegebenen Zweckbestimmung und ihrem satzungsgemäßen Aufbau. Die im § 1 Abs. 2 für die Befreiung von der behördlichen Aufsicht gesetzlich geprägte Form ist rein äußerlich ohne jede innere Verbindung mit der wahren Wesensgestaltung dieser aufgepreßt und steht zu ihr in direktem Gegensatz. Der Ausschluß des Rechtsanspruches ist deswegen nicht von entscheidender Bedeutung anzusehen für die Frage, ob Kl. eine aufsichtspflichtige Versicherungsunternehmung ist oder nicht. Mit diesen hat sie aber neben dem erwähnten Merkmal, daß die von ihr geschlossenen Verträge mit den Mitgliedern auf Leistung und Gegenleistung abgestellt sind, alles Wesentliche gemein. Der Erwerb der Mitgliedschaft beschränkt sich nicht auf einen von gegenseitigem Vertrauen getragenen Personenkreis, sondern die Mitgliedschaft steht jedermann frei, ist aber Personen unter und über einer bestimmten Altersgrenze und von nicht einwandfreier Gesundheit verschlossen. Die Mitgliedschaft verpflichtet zu regelmäßigen, gleich hohen Beiträgen und Unpünktlichkeit der Zahlung zur Entrichtung von Strafgeldern. Die Auszahlung des Sterbegeldes erfolgt in gleicher Höhe und ohne weiteres und ist unabhängig von der Bedürftigkeit des Empfängers. Daß die Höhe des Sterbegeldes jährlich festgesetzt und im Einklang mit den vorhandenen Mitteln gehalten wird, ist belanglos. Denn daß das Sterbegeld in ein richtiges Verhältnis zum Kassenbestand gesetzt wird, dient den wohlverstandenen Interessen aller Mitglieder. Die Aufbringung der Mittel im Wege eines Umlageverfahrens ist auch bei Versicherungsunternehmungen nicht unzulässig (vgl. § 24 Ges. und Koenige-Petersen Anm. 6 dazu). Daß Kl. die Beiträge auf diese Weise erhebt, fällt daher für die von ihr vertretene Auffassung nicht ins Gewicht. Auch daß die Kassenleistungen der Mitglieder von längerer Lebensdauer größer sind als derjenigen, die früher sterben, unterscheidet die Kl. nicht von einem Versicherungsunternehmen. Denn das ist bei den Versicherungsunternehmungen nicht anders und hängt mit der Ungewißheit des Eintritts des Versicherungsfalles zusammen. Es sind mithin keine Merkmale zu erkennen, in denen Kl. nach Aufbau und Gebarung von einem Versicherungsunternehmen wesentlich abweicht. Ihre Leistungen tragen auch nicht den Charakter von Unterstützungen. Denn sie entbehren sowohl der Freiwilligkeit wie der Anpassung des Unterstützungssatzes an die Lage des jeweiligen einzelnen Falles. Daß vorauszusetzen ist, daß diese im allgemeinen gleichliegend ist, kann der Kl. nicht zugegeben werden. Bei einem so hohen Mitgliederbestand wie dem der Kl. muß mit erheblichen

Verschiedenheiten gerechnet werden. Würde Kl. dazu übergehen, von der grundsätzlich bestehenden Freiwilligkeit ihrer Leistungen Gebrauch zu machen und diese nach dem Vermögen der Mitglieder beliebig abzustufen, so würde mit Bestimmtheit die von ihr repräsentierte Vereinigung damit ihr Ende finden. Daraus erhellt klar, daß sie eben nicht Unterstützungen gewährt, sondern versicherungsmäßige Leistungen.

Da demnach Kl. im ganzen betrachtet keine Unterstützungseinrichtung und der Ausschluß des Rechtsanspruches nur der Form halber in die Satzung aufgenommen ist, Kl. im übrigen aber das Gepräge einer Privatversicherungsunternehmung trägt, kann die Befreiungsvorschrift des § 1 Abs. 2 VersAufsG. auf sie keine Anwendung finden. Kl. war daher der Aufsicht zu unterstellen.

(PrOVG., 3. Sen., Urt. v. 28. Juni 1934, III C 163/33.)

D. Ausländische Gerichte

Schweiz

Schweizer Bundesgericht

1. Umwandlung der Marke in ein Freizeichen. Bedeutung der Verwendung im Zolltarif. Unzulässigkeit von Zusätzen wie: tipo, Ersatz, façon.

Die Bekl. verwendete die eingetragene Marke: „Bel Paese" für italienischen Weichkäse gleicher Qualität, aber anderer Herkunft, mit dem Zusatz tipo und Type.

Die Vorinstanz stellt fest, daß „Bel Paese" in Verbraucherkreisen vielfach nicht mehr als Marke der Kl., sondern lediglich als Sachbezeichnung bekannt sei, daß man dagegen im Groß- und Kleinhandel darunter immer noch die von der Kl. hergestellte Weichkäsespezialität verstehe und sich im schriftlichen Verkehr äußerster Vorsicht in der Anwendung dieses Namens befleißige, offenbar in Kenntnis der Prozesse, welche die Kl. in mehreren Nachbarstaaten zum Schutze ihrer Marke mit Erfolg geführt habe. Diese im wesentlichen auf die Expertise gestützte Feststellung betrifft tatsächliche Verhältnisse und ist daher, weil sie weder mit den Akten im Widerspruch steht, noch gegen bundesrechtliche Beweisvorschriften verstößt, für das BundGer. verbindlich (Art. 81 OG.). Dann kann aber auch der rechtlichen Schlußfolgerung der Vorinstanz, daß „Bel Paese" noch nicht zum Freizeichen geworden ist, nur beigepflichtet werden. Denn wie schon in BGE. 57, II, 606 f. ausgesprochen worden ist, ist die Umwandlung einer geschützten Marke in ein Freizeichen erst dann als vollzogen zu betrachten, wenn sie von allen in Betracht kommenden Verkehrskreisen, also nicht nur vom kaufenden Publikum, sondern auch von den Produzenten und Händlern als Sach- und nicht mehr als Herkunftsbezeichnung genommen wird. Und zwar verdient die Tatsache, daß die Fachleute den Markencharakter immer noch anerkennen, erhöhte Beachtung, da sie ihrem Interesse entsprechend viel leichter als die Konsumenten geneigt sein werden, die Marke, wenn möglich als Freizeichen anzusprechen. Ob sie im mündlichen Verkehr, wo sie es praktisch ungestraft tun können, die Zugehörigkeit der Marke zur Kl. weniger gewissenhaft respektieren, spielt keine Rolle; in Betracht fällt einzig, daß ihnen das Bewußtsein dieser Zugehörigkeit geblieben ist, was ihr Verhalten im schriftlichen Verkehr deutlich genug bestätigt.

Die Bekl. beruft sich demgegenüber auf den schweiz. Gebrauchszolltarif, in dem „Bel Paese" neben Gorgonzola, Stracchino, Camembert usw. als Gattungsbegriff aufgeführt ist. Soweit der behördliche Charakter des Tarifs in Betracht kommt, ist daraus aber — entgegen der Ansicht der Bekl. — überhaupt nichts herzuleiten, weil dem Erlasse der Zweck, auf bestehende Individualrechte hinzuweisen, gänzlich fernliegt (vgl. bezüglich Veröffentlichungen ähnlicher Art BGE. 57, II, 608 und dort zit. Entsch.), und soweit der Tarif ein Indiz für die Verkehrsauffassung sein könnte, weil bei seiner Aufstellung Fachleute mitgewirkt haben, so handelt es sich dabei um eine Frage der Beweiswürdigung, die durch die Feststellung der Vorinstanz, daß in der Käsebranche „Bel Paese" im allgemeinen noch als Marke gelte, erledigt ist.

Es fragt sich demnach nur noch, ob die Bekl. die Markenverletzung nicht deswegen mit Recht bestreitet, weil die Aufschrift „Tipo Bel Paese" und nicht bloß „Bel Paese" lautete. Die Bekl. behauptet, durch diese Ausdrucksweise deutlich zu erkennen gegeben zu haben, daß sie nicht das Produkt der Kl., sondern ein solches von gleicher Art verkaufe. Schon diese Behauptung an sich ist nur beschränkt richtig. Wenn zum Verkauf eines Produktes der Name eines andern mit dem Zusatze Typ..., Genre..., Façon..., System..., Ersatz... od. dgl. verwendet wird, so liegt darin anscheinend allerdings lediglich eine Beschaffenheitsbezeichnung. Im Verkehr wirken solche Angaben aber erfahrungsgemäß häufig anders. Der flüchtig beobachtende Durchschnittskäufer nimmt den Namen als Herkunftsbezeichnung und legt auf den Zusatz kein Gewicht. Es besteht also die Gefahr von Verwechslungen, auf die es vielfach auch gerade abgesehen ist. Wegen dieser Gefahr, die in einem früheren Urt. (BGE. 37, II, 14 f.) noch nicht in ihrer vollen Tragweite eingeschätzt worden war, ist das BundGer. denn auch dazu gekommen, den Gebrauch einer Herkunftsbezeichnung mit dem Zusatz „Typ" („Typ Burgunder") für den Verkauf von Lebensmitteln gestützt auf Art. 3 LebMittVO. als unzulässig zu erklären (BGE. 47, I, 202 ff.). Die nämliche Folgerung muß für alle derartigen Verbindungen auf dem Gebiete des Markenschutzes gezogen werden, in Anwendung des allgemeinen Grundsatzes, daß keine Zeichen verwendet werden dürfen, die zu Verwechslungen mit der Marke Anlaß geben können. Ebenso für das deutsche Recht: Pinzger-Heinemann, Das deutsche Warenzeichenrecht, S. 248, und Seligsohn, Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen, 3. Aufl., S. 283; für das französische Recht: Pouillet, Traité des marques de fabrique, 6ème édition, No. 337, 740, 791 sv.

Abgesehen hiervon ergibt sich aber die Notwendigkeit, solche Verwendungen zu untersagen, vor allem noch aus einem andern Grunde. Sie zulassen, hieße nämlich nichts anderes, als die Umwandlung des Individualzeichens zum Freizeichen befördern. Das kaufende Publikum, das einen Markennamen in Verbindungen wie Typ..., Façon... usw. bei einer Mehrzahl, vielleicht sogar bei Dutzenden von Produkten verschiedenen Ursprungs zu lesen bekäme, würde sich mit der Zeit daran gewöhnen, ihn überall und auch dort, wo er noch die Herkunft angeben sollte, als Gattungsbezeichnung anzusehen. Die Konkurrenten des Markeninhabers hätten es also in der Hand, auf diesem Umwege selber die Situation herbeizuführen, die ihnen nachher gestatten würde, das Zeichen auch ohne Zusatz in jeder beliebigen Weise für sich zu verwenden. Dagegen muß sich der Inhaber zur Wehr setzen können, wenn der Markenschutz nicht eine bloße Illusion sein soll. Er hat ein Recht darauf, daß alles unterlassen werde, was geeignet wäre, den Charakter der Marke als Herkunftsbezeichnung zu entwerten. Erst wenn sich die Entwicklung zum Freizeichen infolge mangelnden Widerstandes seitens des Inhabers tatsächlich vollzogen hat und zum Abschluß gekommen ist, steht daher auch dem Gebrauche des Markennamens mit Zusätzen wie Type, Façon usw. nichts mehr entgegen.

(BundG., 1. ZivAbt., Urt. v. 15. Mai 1934, C 17.)

Ber. von RA. Dr. H. Meyer-Wild, Zürich.

Obergericht Zürich

2. Vollstreckungsabkommen zwischen Deutschland und der Schweiz v. 2. Nov. 1929. Art. 5: Überprüfung der Zuständigkeit des Urteilsstaates. Art. 1: Ausschließlicher Gerichtsstand. Für ZGB. Art. 538 Abs. 2: Letzter Wohnsitz des Erblassers für Herausgabe oder Teilung der Erbschaft verneint.

Der heutige Kl. (die Bekl. erhoben die Einrede der abgeurteilten Sache gestützt auf ein deutsches Urt.), der im deutschen Urt. umgekehrt als Bekl. erscheint, hat zwar weder zur Zeit der Klagerhebung noch zur Zeit des Erlasses jenes Urt. seinen Wohnsitz an einem zum Gerichtssprengel des LG. Plauen gehörenden Orte gehabt — wie dies indessen bei den damaligen Kl. und heutigen Bekl. der Fall war, welche damals schon in Reichenbach wohnten —, sondern in Zwickau. Es steht nun aber dem schweiz. Gericht gemäß dem Wortlaute der Ziff. 1 von Art. 2 des Abkommens nicht zu, bei einem nicht am ordentlichen Gerichtsstande des Wohnsitzes erlassenen deutschen Urt. zu prüfen, ob diese besondere Zuständigkeit — hier diejenige des Erfüllungsortes — gegeben war oder nicht. Vielmehr genügt es, wie dies die Vorinstanz unter Hinweis auf die in der Botschaft des Bundesrates zu jenem Abkommen enthaltenen Ausführungen (Bundesblatt 1929, III, 354) bereits zutreffend ausgeführt hat, wenn der damalige Bekl. damals überhaupt in Deutschland Wohnsitz hatte, ganz ohne Rücksicht darauf, ob die Klage allenfalls an einem tatsächlich gar nicht gegebenen und vom ordentlichen Wohnsitzgerichtsstande verschiedenen deutschen Gerichtsstand angehoben worden ist.

Das Erfordernis der Ausschließlichkeit des Gerichtsstandes in der Schweiz als letztem Wohnsitz des Erblassers ist nun aber im übrigen auch nach schweiz. Rechte zu prüfen, weil das Abkommen zwischen der Schweiz und Deutschland v. 2. Nov. 1929 gemäß dessen Art. 1 die Anerkennung eines Urt. des andern Vertragsstaates nur dann vorschreibt, wenn nach dem Rechte des Staates, in dessen Gebiet die Entsch. geltend gemacht wird, für dessen Gerichte keine ausschließliche Zuständigkeit besteht.

Die Frage ist im weitern nun nur noch die, ob das ZGB., indem es in Art. 538 Abs. 2 festsetzt, es seien Klagen auf Herausgabe oder Teilung der Erbschaft beim Richter des letzten Wohnsitzes des Erblassers anzubringen, einen solchen ausschließlichen Gerichtsstand begründen wollte. Hierzu ist zu bemerken:

Es ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Art. 538 Abs. 2 ZGB. nicht, daß der schweiz. Gesetzgeber einen ausschließlichen Ge-

richtsstand damit begründen und folglich den Kantonen verwehren wollte, daß sie hiervon abweichende Parteivereinbarungen ausschließen.

Zudem ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte zum Art. 538 ZGB. nicht, daß eine ausschließliche Zuständigkeit begründet werden wollte. Denn durch Aufnahme von Art. 538 ZGB. in das Gesetz wollte der Bundesgesetzgeber in erster Linie den § 23 BundG. von 1891 über die zivilrechtlichen Verhältnisse der schweiz. Niedergelassenen und Aufenthalter in der Schweiz im ZGB. verankern, wonach die Eröffnung der Erbschaft für die Gesamtheit des Vermögens am letzten Wohnsitz des Erblassers erfolgt, und im übrigen in einem besondern zweiten Absatz festlegen, Klagen welcher Natur vor diesen Gerichtsstand ordentlicherweise gehören. Dies aus dem Grunde, weil gemäß der vor Inkrafttreten des ZGB. darüber vorliegenden bundesgerichtlichen Praxis für einzelne Kategorien von Ansprüchen Zweifel darüber bestanden, ob sie gem. § 23 NAG. am letzten Wohnsitz des Erblassers geltend gemacht werden konnten. Daß damit aber der Bundesgesetzgeber einen ausschließlichen Gerichtsstand in dem Sinne begründen wollte, daß damit sogar die Vereinbarung eines andern Gerichtsstandes zwischen dem Erben ausgeschlossen gewesen wäre, ergibt sich aus der Entstehung jener bundesgesetzlichen Bestimmung nicht, ganz abgesehen davon, daß der mit dieser Regelung verfolgte Zweck eine derartige weitgehende Auslegung des Art. 538 Abs. 2 nicht rechtfertigt.

(ObGer. Zürich, Urt. v. 12. Jan. 1934, II K Nr. 359 Z.)

Ber. von RA. Dr. H. Meyer-Wild, Zürich.

Tschechoslowakei

Oberstes Gericht Brünn

1. Die Ausnahmebestimmungen des § 83 Tschechoslow. ExO. betr. außerordentliche Rechtsmittel gelten nur, soweit es um solche besondere Fragen geht, welche daraus entstehen, daß die Exekution auf Grund eines ausländischen Exekutionstitels geführt wird. †)

Für Exekutionsverfahren auf Grund ausländischer Exekutionstitel sind besondere Vorschr. betr. die Rechtsmittel im § 83 ExO. enthalten, welche in verschiedenen Richtungen von den Vorschr., welche sonst bei inländischen Exekutionstiteln (§§ 65 ff. ExO.) gelten, abweichen. Es geht hier also um eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, und zwar nach der Natur eben dieses Exekutionsverfahrens um eine Ausnahme, welche sich aus dem Umstande ergibt, daß es sich um ausländische Exekutionstitel handelt und um sich daraus ergebende Fragen und um Interessen, welche größtenteils öffentlich-rechtlicher Natur sind, vor allem um die Auslegung von Verträgen mit fremden Staaten und überhaupt um internationale Beziehungen.

Daraus muß geschlossen werden, daß diese Ausnahmsbest. über Rechtsmittel so wie jede Maßregel im formalen Rechte restriktiv ausgelegt werden muß, also so, daß die ausnahmsartigen Regelungen nur so weit gelten, soweit es sich eben um Fragen und Spezialinteressen handelt, wie dies aus der Natur der Sache und aus den in den §§ 79—82 ExO. enthaltenen Spezialvorschr. hervorgeht. Nur diese Fragen dürften Gegenstand eines außerordentlichen Rechtsmittels sein, nämlich des Anspruches gegen die Bewilligung der Exekution, in welchen keine anderen Einwände, ob formalrechtlicher oder materiellrechtlicher Art, geltend gemacht werden dürfen, welche mit der Frage der Vollstreckbarkeit des ausländischen Exekutionstitels mit keiner Art zusammenhängen und auch nur für solche Spezialfragen, welche aus der Natur des Exekutionstitels als eines fremdländischen Aktes und einer fremdländischen Urkunde hervorgehen, muß man das erhöhte Interesse zulassen, welches auch solche Abweichungen in bezug auf den Rekurs begründen würde, die darin den Höhepunkt erreichen, daß der Rekurs ausnahmsweise in einer 14tägigen Frist eingebracht werden kann und daß ein Revisionsrekurs auch gegen gleichlautende Entsch. niedrigerer Gerichte zugelassen wird, was eine Ausnahme von der im § 65 ExO., gegebenenfalls § 528 ZPO. und § 78 ExO. enthaltenen Regel darstellt.

Es wird also vor allem um die Zulässigkeit dieses außerordentlichen Revisionsrekurses gegen übereinstimmende Beschlüsse in solchen Fällen gehen, wo es sich um keine derartigen Spezialfragen überhaupt handelt. Hier gibt es keinen Grund für erhöhten Schutz durch einen außerordentlichen Revisionsrekurs und für irgendeine Abweichung in dieser Hinsicht von den allgemeinen Regeln (§§ 65 ff.), welche (allgemeinen Regeln) ansonsten durch den § 83 ExO. für solche Fragen allgemeiner Natur auch bei auf Grund ausländischer Titel geführten Exekutionen (z. B. im Laufe der Durchführung der Exekution) nicht ausgeschlossen sind, und es gibt keinen Grund, daß sie in diesem Verfahren Gegenstand einer außerordentlichen Überprüfung vor der RevInst. werden könnten, während sie von dieser Überprüfung dort ausgeschlossen wären, wo es um eine auf Grund eines hiesigen Exekutionstitels bewilligte Exekution ginge, ob nun über Antrag eines Inländers oder eines fremden Staatsangehörigen. Für solche Fragen, welche mit dem ausländischen Exekutionstitel nichts Gemeinsames haben, kann man daher die Ausnahmebest. über den Revisionsrekurs bei bestätigenden Beschlüssen laut § 83 Abs. 2 ExO., welche ihren Ursprung und ihre Rechtfertigung einzig in dieser außerordentlichen Natur des Exekutionstitels und in den Interessen, welche aus ihr entspringen, haben, nicht zulassen. Hier gelten bzgl. der Zulässigkeit des außerordentlichen Revisionsrekurses die allgemeinen Best., ohne daß es darauf ankäme, daß der letzte Satz des § 83 in dieser Hinsicht keine Unterschiede macht, denn dies geht aus der Natur der Sache hervor. Im beurteilten Falle geht es überhaupt nicht um eine Frage, welche in irgendeinem Zusammenhange zum ausländischen Exekutionstitel stünde und welche unter die Vorschr. der §§ 79—82 eingeordnet werden könnte, sondern es geht nur darum, ob auf die Prämienreserve der verpflichteten Versicherung Exekution geführt werden kann. Diese Frage würde auch entstehen, wenn es um einen inländischen Exekutionstitel gehen würde, sie müßte gelöst werden ohne Rücksicht auf die Herkunft des Exekutionstitels, und diese Lösung würde mit endgültiger Geltung durch den bestätigenden Beschluß des Rekursgerichtes erfolgen ohne Rücksicht darauf, ob um die Exekution ein inländischer oder ausländischer Gläubiger ansuchte und ohne Rücksicht auf seine Staatsangehörigkeit. Es gibt keinen Grund, warum in dieser Frage es anders sein sollte bei einem ausländischen Titel, wenn sie mit der Natur dieses Titels nichts zu tun hat.

(ObGH. Brünn, Entsch. v. 21. Nov. 1933, GZT I 931/33 Samml 1165.)

Zu 1. Auf Grund ausländischer Exekutionstitel wird in der Tschechoslowakei die Exekution ohne mündliche Verhandlung nach Prüfung der formalen Voraussetzungen auf Grund des vorl. Aktenmaterials bewilligt. — Das vereinfacht bekanntlich das Vollstreckungsverfahren bzgl. reichsdeutscher Exekutionstitel in der Tschechoslowakei gegenüber den umgekehrten Fällen mit der Notwendigkeit eines Vollstreckungsprozesses usw. außerordentlich. — Gegen die Exekutionsbewilligung stehen dem Schuldner zwei Rechtsmittel zu, das Rechtsmittel des Rekurses und das Rechtsmittel des Widerspruches, welche beide binnen 14 Tagen nach Zustellung der Exekutionsbewilligung einzubringen sind.

Mittels Widerspruch wird die Exekutionsbewilligung anzufechten sein, wenn Tatsachen angeführt werden müssen, welche mit dem vorgelegten Aktenmaterial im Widerspruche sind, wenn es notwendig ist, Beweise durchzuführen, und wird auf Grund des Widerspruches nach durchgeführter mündlicher Streitverhandlung mittels Urt. entschieden. Der Instanzenzug ist dann wie im gewöhnlichen Prozeßverfahren.

Das Rechtsmittel des Rekurses ist dann einzubringen, wenn das Gericht auf Grund der vorl. Akten die Exekution nicht hätte bewilligen dürfen und entscheidet das Rekurs- und evtl. das Oberste Gericht nur auf Grund der Akten.

Laut § 83 ExO. ist gegen die Entsch. über einen wegen Bewilligung oder Verweigerung der Exekution erhobenen Rekurs ein weiterer Rekurs auch dann zulässig, wenn das Gericht zweiter Instanz den angef. erstrichterlichen Beschluß bestätigt hat. Dies bedeutet eine Ausnahmsbest. für das Exekutionsverfahren auf Grund ausländischer Exekutionstitel, für welches Verfahren § 83 ExO. einen Revisionsrekurs an die dritte Instanz auch gegen zwei gleichlautende Entsch. der Unterinstanzen zuläßt, außerdem auch eine 14tägige Rekursfrist bestimmt, während sonst im Exekutionsverfahren gegen zwei gleichlautende Beschlüsse der unteren Instanzen ein Rechtszug an die dritte Instanz, das Oberste Gericht, ausgeschlossen ist und außerdem die Rekursfrist nur 8 Tage beträgt.

Das Gesetz spricht im § 83 ExO. ohne jede Ausnahme von der Zulässigkeit eines Rechtsmittels an die dritte Instanz. Die in der zit. Entsch. ausgesprochene Rechtsansicht des Obersten Gerichtes widerspricht daher der eigentlichen Wortfassung des Gesetzes, ist aber m. E. entsprechend dem Sinne des Gesetzes und dem Willen des Gesetzgebers, und dies aus den in der Entsch. klar und zutreffend angeführten Gründen.

Advokat Dr. Josef Stark, Prag.

Berichtigung

JW. 1934, 2581 linke Spalte letzte Zeile sind einige Worte einzuschalten. Der Satz lautet: „Das Wort ‚soweit' deutet vielmehr eine Einschränkung des Ausmaßes der Steuerfreiheit in dem Sinne" usw.

Hauptschriftleiter: Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin W 62, Einemstr. 11. (Fernsprecher: B 5 Barbarossa 5618.)
Stellvertreter: Arnold Schley, Berlin W 35, Tiergartenstr. 20. — Druck: Oscar Brandstetter in Leipzig.